DIE ABHÄNGIGKEIT ERBRECHTLICHER VERTRÄGE VON VERKEHRSGESCHÄFTEN

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Ludwig Häsemeyer

aus Lenglern

Göttingen 1966

1965

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
34 Göttingen, Paulinerstraße 13
Eingang Gotmarstraße

DIE ABHÄNGIGKEIT ERBRECHTLICHER VERTRÄGE VON VERKEHRSGESCHÄFTEN

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Ludwig Häsemeyer

aus Lenglern

Göttingen 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Berichterstatter: Prof. Dr. Karl Michaelis
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Dr. h. c. Franz Wieacker

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Dezember 1965

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitung	1
1. Kapitel: Problemstellung und Grenzen der Untersuchung	1
I. Erläuterung des Problems	1
II. Das besondere Ziel dieser Untersuchung	6
1. Die systematische Zielsetzung	6
2. Ergänzung der systematischen durch die historische Betrachtung	8
2. Kapitel: Die historische Entwicklung der Erbrechtsverträge	8
I. Der Ausgangspunkt: Affatomie, Vergabung und Verzicht auf das Wartrecht	9
II. Die Abschwächung des Unmittelbarkeitsprinzips: Vergabung des Nachlasses unter Widerrufsvorbehalt und Verzicht auf den Nachlaß	20
III. Die Durchsetzung der Testierfreiheit: Erbeinsetzungsvertrag und Verzicht auf das Erbrecht	30
3. Kapitel: Die möglichen Wirkungsweisen der gegenseitigen Abhängigkeit von Rechtsgeschäften	36

Seite

B. Typenzwang und Abstraktheit bei erbrechtlichen Verträgen 39

I. Die Bedeutung des Typenzwanges der Erbrechtsverträge für die Möglichkeiten ihrer Verbindung mit Verkehrsgeschäften 39

4. Kapitel: Die rechtliche Verbindung von Erbrechts- und Verkehrsgeschäften als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über Verkehrsgeschäfte 39

I. Erbrechtlicher Typenzwang und schuldrechtliche Vertragsfreiheit 39

II. Das Verhältnis von Typenzwang und Abstraktheit und deren Bedeutung für die Vertragsfreiheit 46

5. Kapitel: Folgerungen aus dem Typenzwang für die Anwendbarkeit der Grundsätze vom Synallagma und von der Geschäftsgrundlage auf Erbrechtsverträge 50

I. Folgerungen für die Möglichkeit einer synallagmatischen Verbindung 50

II. Folgerungen für die Anwendbarkeit der Lehre von der Geschäftsgrundlage 55

6. Kapitel: Fortsetzung : Die Vereinbarkeit des Typenzwangs mit einer rechtlichen Verbindung durch Abrede gegenseitiger Bedingtheit 59

I. Die Zulässigkeit einer Bedingung 60

II. Die sogenannte stillschweigende Bedingung 62

Seite

II. Die angebliche Abstraktheit der Erbrechtsverträge und ihre Bedeutung für die Möglichkeit einer Verbindung dieser Verträge mit Verkehrsgeschäften 65

7. Kapitel: Das Problem der Abstraktheit der Erbrechtsverträge und seine bisherige Behandlung 65

I. Das Problem
II. Die bisherige Behandlung der Abstraktheit der Erbrechtsverträge 66

1. Abschnitt: Das Verhältnis des abstrakten Rechtsgeschäfts zu causa und Kondiktion 70

8. Kapitel: Die Abstraktion; ihre Gemeinsamkeit und Verschiedenheit bei Verfügungsgeschäften und bei (abstrakten) Schuldverträgen 70

9. Kapitel: Die Korrelation des abstrakten Geschäfts und des Bereicherungsanspruchs: 76

I. Der Inhalt der Leistungskondiktion 78
II. Der actus contrarius als Mittel der Kondiktion einer Leistung durch abstraktes Rechtsgeschäft 80
III. Ausschluß des contrarius consensus für das abstrakte Geschäft 81

10. Kapitel: Fortsetzung: Folgerungen aus dem Typenzwang der abstrakten Geschäfte für die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf eine Kombination von abstrakten und nicht abstrakten Geschäften 87

2. Abschnitt: Kondizierbarkeit und Abstraktheit der Erbrechtsverträge 90

11. Kapitel: Die äußere causa als Voraussetzung für die Kondiktion der Erbrechtsverträge 90

I. Ausschluß der inneren causa 90

Seite

II. Die Möglichkeit der Verbindung mit dem Verkehrsgeschäft als äußerer causa 93
1. Keine synallagmatische Verbindung 93
2. Bezweckter Erfolg als causa (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2) 93
III. Die Eingliederung der Erbrechtsverträge in den Funktionszusammenhang: Rechtsänderung - causa - Kondiktion 95
1. Ausschluß des Kondiktionsweges durch spezielle Rechtsbehelfe bei den Erbrechtsverträgen? 95
2. Causa-Beziehungen ohne Kondiktionsmöglichkeit 98

12. Kapitel: Der Gegenstand der Erbrechtsverträge und seine Bedeutung für deren Kondizierbarkeit 99

I. Das Fehlen eines Verfügungsgegenstandes bei erbrechtlichen Verträgen 100
1. Das Erb- und Pflichtteilsrecht als angeblicher Gegenstand 100
2. Die sogenannte Anwartschaft des Erben 103
a) Anwartschaft und Testierfreiheit 105
b) Anwartschaft und lebzeitige Verfügungsfreiheit 106
c) Der Anwartschaftsgedanke im Höferecht 115
d) Die Vormerkbarkeit von Vermächtnisansprüchen 117
e) Verfügungen von Todes wegen und Erbregelung durch lebzeitige Geschäfte auf den Todesfall 118
3. Die sogenannte Anwartschaft des Pflichtteilsberechtigten 120
II. Der positive Gehalt der Erbrechtsverträge 121
III. Folgerungen für Kondizierbarkeit und Abstraktheit der Erbrechtsverträge 126
1. Keine Leistungskondiktion durch actus contrarius 126
2. Keine Einordnung der Erbrechtsverträge in den Funktionszusammenhang: abstraktes Geschäft - causa 128

Seite

IV. Exkurs: Die Kondiktion einer verabredeten Ausschlagung 130

C. Die verbleibenden Möglichkeiten für die Berücksichtigung einer Kombination des Erbvertrages oder des Erbverzichtsvertrages mit Verkehrsgeschäften 133

13. Kapitel: Die Abhängigkeit erbrechtlicher Verträge von Verkehrsgeschäften nach den Rechtsordnungen der Schweiz und Österreichs 133

I. Das Schweizer Recht 133
II. Das österreichische Recht 136
III. Schlußfolgerungen 138

14. Kapitel: Die Anwendung des § 139 BGB auf eine Kombination von Erbvertrag und Verkehrsgeschäft 139

I. Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendung des § 139 BGB 139
II. Die Vereinbarkeit des § 139 BGB mit dem spezifischen Charakter des Erbvertrages 142

15. Kapitel: Die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf die Kombination eines Erbverzichts mit einem Verkehrsgeschäft und die (analoge) Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts in diesem Falle 144

I. Anwendung des § 139 BGB im Falle der Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts 145
1. Die unterschiedliche Bedeutung der Dispositionsfreiheit des Erblassers und der des Verzichtenden 145
2. Rechtspolitische Erwägungen zur Anwendbarkeit des § 139 BGB 149
3. Vorzug der analogen Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts 152

Seite

II. Analoge Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts bei Nichterfüllung des Verkehrsgeschäfts 154

16. Kapitel: Zusammenfassung 156

Literaturverzeichnis

von Amira	Grundriß des Germanischen Rechts, 3. Aufl., Straßburg 1913
André	Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, Festgabe für Enneccerus, Marburg 1913
Bartholomeyczik	Erbrecht, 5. Aufl., München und Berlin 1961; 7. Aufl., München und Berlin 1965
Baumbach-Hefermehl	Wechselgesetz und Scheckgesetz, 6. Aufl., München und Berlin 1959
Baumgärtel	Die Wirkung des Erbverzichts auf Abkömmlinge, DNotZ 59, 63
Beseler	Die Lehre von den Erbverträgen, Göttingen, 1. Teil 1835, 2. Teil, Bd. I 1837, Bd. II 1840
Beyerle	Der dingliche Vertrag, Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S. 164
Beyerle	Die Gesetze der Langobarden, Weimar 1947
Boehmer	Entgeltliche Erbverträge, Festschrift für Heinrich Lehmann (1956), Bd. I, S. 461
ders.	Sittenwidrige Beeinträchtigung des Vertragserben durch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers?, Fam. RZ 1961, 254
ders.	Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927
Brandt	Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 120

Breyhan	Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 9, Leipzig 1929
Brunner	Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechts, Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, Band II, Weimar 1931
Brunner-Heymann	Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., München und Leipzig 1919
Bühler	Zur Wechselbezüglichkeit und Bindung beim gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag, DNotZ 1962, 359
von Caemmerer	Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel, Tübingen 1954, Bd. I, S. 333
Cohn	Erlaß und Verzicht nach dem BGB, GruchBeitr 47, 221 (1903)
Coing	Wie ist die bindende Wirkung von Erbverträgen zu ermitteln? NJW 58, 689
Conrad	Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, Frühzeit und Mittelalter, 2. Aufl., Karlsruhe 1962
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. V, Erbrecht, Tübingen 1912
Demuth	Die wechselseitigen Verfügungen nach alamannisch-Züricherischem Recht in ihrer geschichtlichen Entwicklung bis zur Gegenwart, Gierkes Untersuchungen Heft 65, Breslau 1901
Dernburg	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. V, Deutsches Erbrecht, Halle 1905

ders.	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, 4. Aufl., Bd. III, Halle 1896
Du Chesne	Begriff und Arten des Verzichts, ArchBürgR 42, 296 (1916)
Dulckeit	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Recht und Staat 158/159, Tübingen 1951
Eder	Der Erbverzichts- und Abfindungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1956
Ehrenzweig	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 2. Hälfte, Familien- und Erbrecht, Wien 1937
Eichhorn	Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1836
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Bd. III, Erbrecht, 1. Hälfte, Berlin 1919, 2. Hälfte, Berlin 1920
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., 2. Halbband, Tübingen 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., I. und II. Bd., Münster 1962
Escher	Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., III. Bd., 1. Abteilung, Das Erbrecht, Zürich 1959
Esser	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Felgentraeger	Friedrich Carl von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 3, Leipzig 1927

Ficker	Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte, Band V, 1. Abt., 1902
Förster-Eccius	Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 5. Aufl., Bd. IV, Berlin 1888
von Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
ders.	Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
Gmür	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Tuor, Erbrecht, Bern 1929
Gschnitzer	Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, IherJb 76, 317 (1926)
Guhl	Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl., Zürich 1956
Happek	Wesen und Bedeutung des contrarius consensus nach römischem Recht und BGB, insbes. bei erfüllten Verträgen, ArchBürgR 35, 404 (1910)
Harrer	Zur Lehre vom Erbverzicht, ZBlFG 15, 1
Hartmann	Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860
Hasse	Über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, 2. Jg. 1828, S. 149, 300
Heck	Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Tübingen 1937
ders.	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
Heine	Zur Lehre vom Erbverzicht, ZBlFG 19, 201

Hellwig	Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899
Henckel	Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 106 (1960/61)
Heusler	Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. II, Leipzig 1886
Hieber	Sicherung eines erbvertraglichen Anspruchs durch Vormerkung, DNotZ 1952, 432
Hübner	Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs im älteren deutschen Recht, Gierkes Untersuchungen Heft 26, Breslau 1888
Jebens	Der Erbverzicht gegen Abfindung, Eckartsberga 1930
Jörs-Kunkel	Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
Kaser	Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1955
Kipp	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Abt., Das Erbrecht, 7. Bearbeitung, Marburg 1928
Kipp-Coing	Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960; 12. Bearbeitung, Tübingen 1965
Klang	Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Wien 1932; 2. Aufl. Bd. III, Wien 1952, Bd. V, Wien 1954
Koch	Das Preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt, Berlin 1866
Kohler	Die schuldrechtlichen Ersatzansprüche wegen der Aushöhlung eines Nachlasses, NJW 64, 1393

Kraus	Vermögensrechte des überlebenden Gatten, ZfDR 13, 13 (1852)
Kreittmayr	Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 3. Teil, München 1764
Kreuzer	Der Erbverzicht in seiner rechtshistorischen und dogmatischen Stellung unter Berücksichtigung angrenzender Rechtsfragen, München 1953
Kroeschell	Landwirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Küster	Grenzen des Rücktrittsvorbehalts im Erbvertrag? JZ 58, 394
Lange, Heinrich	BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1963
ders.	Der entgeltliche Erbverzicht, Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 119
ders.	Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft, 4. Denkschrift AkDR, Tübingen 1940
ders.	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962
ders.	Bindung des Erblassers an seine Verfügungen, NJW 63, 1571
Lange-Wulff	Höfeordnung für die Länder Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, 5. Aufl., München und Berlin 1961
Larenz	Der Erbverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft, IherJb 81, 1 (1931)
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, 6. Aufl., Bd. I, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1963, Bd. II, Besonderer Teil, München und Berlin 1964
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960

ders.	Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 63, 737
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 12. Aufl., Berlin 1960
Leonhard	Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929
ders.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 5. Buch, Erbrecht, Berlin 1912
Liebisch	Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 27, Leipzig 1927
Manigk	Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin 1935
Mattern	Die Aushöhlung von Testamenten und Erbverträgen, MDR 1960, 1
ders.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Testamentsaushöhlung, DNotZ 64, 196
Meyer	Zur Lehre von der rechtlichen Natur des Erbverzichts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Marburg 1913
Nikisch	Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, Tübingen 1961
Oertmann	Entgeltliche Geschäfte, Fischers Abhandlungen, Bd. 23, Heft 3, München 1912
ders.	Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1. Abt., Berlin 1928, 2. Abt., Berlin 1929
Oheim	Der Ausgleich bei wirksamem Erbverzicht trotz fehlerhafter Abfindung im deutschen, österreichischen und Schweizer Recht, Kiel 1938

Pappenheim	Launegild und Garethinx, Gierkes Untersuchungen Heft XIV, Breslau 1882
Partsch	Das Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft im älteren Walliser Recht, Genf 1955
Petersen	Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen überhaupt, Heft 16 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, hrsg. von Bekker und Fischer, Berlin 1889
Planck's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V, Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1908, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
Planitz	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 1948
Planitz-Eckhardt	Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Graz-Köln 1961
Raiser	Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
ders.	Dingliche Anwartschaften, Tübinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. I, Tübingen 1961
Ramm	Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, JZ 62, 178
Reichsgerichtsräte	Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 11. Aufl., Bd. V, 2. Teil, Berlin 1961
Reithmann	Erbverträge zwischen mehr als zwei Beteiligten, DNotZ 57, 527
Reuthe	Der Erbverzichtsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dessau 1907
Roth	Die Entgeltlichkeit erbrechtlicher Geschäfte, Heidelberg 1948
Schiffner	Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Fischers Abhandlungen, Bd. 4, Heft 1, Jena 1899

Schmidt-Rimpler	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 (1941)
Schönfeld	Die Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen im Mittelalter nach sächsischen Quellen, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Bd. 42, 240 (1921)
Schöninger	Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts, Tübingen 1906
Schulte	Wie kann der Eigentümer einer landwirtschaftlichen Besitzung für seinen Todesfall seinen Ehegatten sichern und zugleich die Benutzung seinen Abkömmlingen erhalten? DNotZ 53, 355
A. Schultze	Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts, Leipzig 1928
Siber	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, IherJb 70, 223 (1921)
Siebert	Die Bindungswirkung des Erbvertrages, Festschrift für Hedemann, Berlin 1958, S. 237
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Aufl., Bd. I, Stuttgart 1959, Bd. II, Stuttgart 1962
Stampe	Aus einem Freirechtslehrbuch, III, Grundriß der Wertbewegungslehre, AcP 108, 42 (1912)
ders.	Das causa-Problem des Zivilrechts, Greifswald 1904
von Staudinger's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., I. Bd., Berlin 1957, II. Bd., 4. Teil, Berlin 1960, V. Bd., 1. Teil, Berlin 1954, 2. Teil, Berlin 1960

Stobbe	Handbuch des Deutschen Privatrechts, 1. und 2. Aufl., Bd. V, Berlin 1885
Strohal	Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1903
von Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. und 2. Hälfte, unveränderter Nachdruck der 1918 erschienenen 1. Aufl., Berlin 1957
Tuor	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl., Zürich 1965
Ubbelohde	Kritische Beiträge zum Zivilgesetzentwurf, AcP 75, 36 (1889)
Walsmann	Der Verzicht, Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht, Leipzig 1912
Walter	System des gemeinen Deutschen Privatrechts, Bonn 1855
Wieacker	Zur lebzeitigen Zuwendung auf den Todesfall, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, Bd. I, S. 271
Woesch	Der Erbverzicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Erlangen 1935
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
Würdinger	Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, München 1928
von Wyß	Die letztwilligen Verfügungen nach den Schweizerischen Rechten der früheren Zeit, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 19, S. 68 (1878)

Abkürzungsverzeichnis

AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
AkDR	=	Akademie für Deutsches Recht
ALR	=	Preußisches Allgemeines Landrecht
ArchBürgR	=	Archiv für Bürgerliches Recht
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DNotZ	=	Deutsche Notarzeitschrift
FamRZ	=	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Gierkes Unters.	=	Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, hrsg. von Otto von Gierke
GruchBeitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HRR	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IherJb	=	Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JZ	=	Juristenzeitung
LM	=	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
NdsRpfl	=	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift

OGHBrZ	=	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone
OLGRspr	=	Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
PrOVG	=	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RdL	=	Recht der Landwirtschaft
RGRK	=	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rhein. Mus.	=	Rheinisches Museum für Jurisprudenz
RZ	=	Randziffer
ZBlFG	=	Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit
ZDR	=	Zeitschrift für Deutsches Recht
ZSaSt (Germ. Abt.)	=	Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZSchweiz.R	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Monographien werden mit Verfassernamen, einem dem Titel kennzeichnenden Schlagwort und Seitenzahl, Lehrbücher nach Verfassernamen und Paragraphen, Dissertationen mit Verfassernamen und Seitenzahl, Aufsätze mit Verfassernamen und Fundstelle zitiert.

EINLEITUNG

1. Kapitel : Problemstellung und Grenzen der Untersuchung

1. Erläuterung des Problems

Zur einheitlichen Regelung einer Vermögensnachfolge werden mitunter erbrechtliche Geschäfte, Verfügungen von Todes wegen oder Erbverzichtsverträge, mit Verkehrsgeschäften, d.h. mit Geschäften schuldrechtlicher oder sachenrechtlicher Art, kombiniert. Ein Bedürfnis zu einer solchen Kombination besteht vor allem dann, wenn Teile des Erblasservermögens bestimmten Bindungen unterliegen, die diese Teile von dem übrigen Vermögen absondern. So, wenn der künftige Erblasser beispielsweise an einer Personalgesellschaft beteiligt ist; in anderer Weise, wenn zu seinem Vermögen ein landwirtschaftliches Besitztum, etwa ein Hof im Sinne der Höfeordnung, gehört.

Will im ersten Falle der Gesellschafter und künftige Erblasser die Nachfolge eines bestimmten Erben in seine Gesellschafterstellung sichern, so kann er dieses Ziel allein durch Verfügungen von Todes wegen nur in wenig befriedigender Weise erreichen. Er müßte schon seine übrigen gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließen, und das erscheint jedenfalls dann als untunlich, wenn die Beteiligung an der Gesellschaft nur einen Teil seines Vermögens ausmacht. Schließt er aber die übrigen Erben nicht aus, so geht der Anteil an dem Gesellschaftsvermögen nach seinem Tode auf die Gemeinschaft seiner Erben zur gesamten Hand über. Welche Schwierigkeiten dann bei einem Widerspruch zwischen der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung und dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge entstehen können, zeigt die letzte Entscheidung des

Bundesgerichtshofes zu diesem Fragenkreise [1] zur Genüge. Es empfiehlt sich deshalb für den Gesellschafter, schon bei seinen Lebzeiten seinem Nachfolger die Mitbeteiligung an der Gesellschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu sichern, und ihn dafür, gegebenenfalls unter Festsetzung einer weiteren Abfindung, zum Verzicht auf sein Erb- und Pflichtteilsrecht zu bewegen.

Hier dient die Kombination von Verkehrsgeschäften mit dem Erbverzichtsvertrag zur Korrektur des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge. Im Ergebnis wird eine Sondernachfolge in die Beteiligung des Erblassers an der Gesellschaft erreicht, die den Anliegen aller Beteiligten gerecht wird.

Gehört zum Vermögen des künftigen Erblassers ein Hof, so ist dieser Zweckbindung zwar durch die Höfeordnung Rechnung getragen: Der Hof geht auf den Hoferben als selbständiger Teil des Nachlasses über, an seiner Stelle fällt der Hofeswert in den Nachlaß (§ 4 HöfeO für die Brit.Zone vom 24.4. 1947). Gleichwohl besteht auch hier häufig ein Bedürfnis, Verkehrsgeschäfte mit Erbrechtsgeschäften zu kombinieren, weil der Hof in vielen Fällen durch Übergabevertrag noch zu Lebzeiten des Erblassers auf einen seiner Erben übertragen wird. Im Zusammenhang mit dieser Übergabe wünscht der Erblasser häufig gleich auch die Nachfolge in sein gesamtes Vermögen zu regeln. Der Übernehmer verzichtet beispielsweise auf sein Erbrecht am hofesfreien Vermögen, auf welches die übrigen Erben - gegebenenfalls unter Verzicht auf Abfindungszahlungen des Hofübernehmers - durch Verfügung von Todes wegen, in der Regel durch Erbvertrag, eingesetzt werden. Eine derartige Kombination verhindert künftige Erbstreitigkeiten. Schon vor dem Tode des Übergebers werden in einer alle Beteiligten bindenden Weise endgültig klare Verhältnisse für die gesamte Vermögensnachfolge geschaffen [2].

Bei solchen Kombinationen stellt sich mitunter später heraus, daß eines der im Zusammenhang miteinander abgeschlossenen Rechtsgeschäfte aus irgendeinem Grunde unwirksam ist, oder, soweit schuldrechtlicher Art, von dem Verpflichteten nicht erfüllt werden kann. Hier taucht das Problem

---

1) BGHZ 22, 186

2) vgl. für einen derartigen Fall OGH BrZ 2, 175

auf, wieweit der von den Beteiligten gewollten Zusammengehörigkeit aller Geschäfte, die in deren gleichzeitigem Abschluß oder gar in der Aufnahme in eine gemeinsame Urkunde zum Ausdruck kommt, Rechnung getragen werden kann. Die Frage stellt sich, ob die Unwirksamkeit oder auch die Nichterfüllung des schuldrechtlichen Geschäfts entweder unmittelbar den Fortbestand der eingegangenen erbrechtlichen Bindungen berührt oder doch die Möglichkeit begründet, diese Bindungen zu beseitigen oder ihre Aufhebung zu verlangen.

Dieser Frage kommt vor allem dann praktische Bedeutung zu, wenn es um die Beseitigung der Rechtsfolgen eines Erbverzichtsvertrages geht:

Letztwillige Verfügungen kann der Erblasser jederzeit wieder aufheben. Er kann in einer neuen letztwilligen Verfügung jede Änderung der Sachlage berücksichtigen. Bei Erbverträgen wird der Erblasser durch sein weitreichendes Anfechtungsrecht sowie durch das besondere Rücktrittsrecht des § 2295 BGB regelmäßig ebenfalls in den Stand gesetzt, veränderten Umständen Rechnung zu tragen. Hier können sich nur dann Schwierigkeiten ergeben, wenn der Erblasser die Anfechtungsfrist ungenutzt hat verstreichen lassen [3].

Im Erbverzichtsvertrag jedoch geht der Verzichtende eine Bindung ein, zu deren Lösung ihm das Gesetz spezielle Rechtsbehelfe nicht zubilligt. Es bleiben ihm nur die Anfechtungsrechte der §§ 119 ff BGB. Sie sind so eng begrenzt, daß sie in Fällen der in Rede stehenden Art für den Verzichtenden wertlos sind. Erhält der Verzichtende die Abfindung nicht, so kann er wegen Irrtums deshalb nicht anfechten, weil er sich bei Abgabe der Verzichtserklärung nur in dem Motivirrtum befunden hat, er werde die Abfindung erhalten. Für eine erfolgreiche Anfechtung wegen arglistiger Täuschung müßte ihm schon der Nachweis gelingen, daß man ihn durch Vorspiegeln der Bereitschaft und Fähigkeit, eine Abfindung zu zahlen, zum Verzicht bestimmt hat. Für den Erbverzicht hängt es deshalb wirklich allein von der Beantwortung der oben aufgeworfenen Fragen ab, ob der

3) Ein Beispiel aus der Praxis bringt Roth, S. 47

Verzichtende etwa trotz eines unwirksamen oder wertlosen Abfindungsversprechens sein Erb- und Pflichtteilsrecht unwiederbringlich verloren hat.

Dem praktischen Bedürfnis entsprechend sind die aus der Verbindung von Erbverträgen und Verkehrsgeschäften erwachsenden Probleme auch ganz überwiegend nur für den Erbverzichtsvertrag behandelt worden. Man ist sich einig darin, daß dem Verzichtenden in irgendeiner Form geholfen werden soll [4], ohne daß sich ein in jeder Hinsicht befriedigender Weg bisher hätte finden lassen. Die Untersuchung konzentriert sich deshalb nach wie vor ganz auf die systematische Bewältigung des Problems. Ein kurzer Überblick über die im einzelnen vorgeschlagenen Wege zur Lösung des Problems soll die bei seiner Behandlung auftretenden systematischen Schwierigkeiten verdeutlichen. Auf jedem Wege wird versucht, die erbrechtlichen Bindungen dadurch zu beseitigen, daß beide Geschäfte zu einer Einheit zusammengefaßt werden, sei es im engeren Sinne zu einem Geschäft, sei es im weiteren Sinne als Einheit mehrerer, aber miteinander verbundener Geschäfte.

(1) Bei Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäftes soll dem Erbverzicht die Geschäftsgrundlage entzogen sein, so daß er entweder hinfällig sei, [5] oder aber der Erbe von ihm nach Schuldrechtsregeln zurücktreten könne, [6] [7]. Zum Teil wird auch der Rücktritt vom erbrechtlichen Vertrage aufgrund der §§ 325, 326 BGB (dann nicht nur bei Unwirksamkeit, sondern auch bei Nichterfüllung des Schuldvertrages) vorgeschlagen, [8] wobei offenbar eine synallagmatische Verbindungsmöglichkeit vorausgesetzt wird.

---

4) Vgl.etwa Heinrich Lange, 4.Denkschrift AkDR, S. 14 ff.

5) OLG Celle, NdsRpfl 49, 119.

6) So für den Erbvertrag Boehmer, Festschrift für H.Lehmann (1956), S.472.

7) Staudinger-Ferid, Vorbem.31 vor § 2346, halten zwar die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf den Erbverzicht für anwendbar, verneinen jedoch deren Voraussetzungen für den Fall der Nichterfüllung oder Selbständigkeit des Abfindungsvertrages, Vorbem. 98 vor § 2346.

8) Vgl. Heinrich Lange, 4.Denkschrift AkDR, S. 14.

(2) Nach der vielleicht als herrschend zu bezeichnenden Ansicht erlaubt die Zusammenfassung des Erbverzichts mit Verkehrsgeschäften zu einer wirtschaftlichen Einheit die Anwendung des § 139 BGB.[9] Der Erbverzicht soll unwirksam sein, soweit das Verkehrsgeschäft nichtig oder in sonstiger Weise rechtsunwirksam ist.[10]

(3) Eine ähnliche Abhängigkeit wird mit der Konstruktion einer Bedingung erstrebt. Die Vertragsschließenden sollen die Wirkung des Erbverzichts stillschweigend von der Wirksamkeit des Verkehrsgeschäftes abhängig gemacht haben.[11]

(4) Weiter wird vorgeschlagen, wie dem Erblasser im Erbvertrage so dem Verzichtenden im Erbverzichtsvertrag ein erbrechtliches Anfechtungsrecht[12] oder ein Rücktrittsrecht nach § 2295 BGB zuzubilligen.[13]

(5) Nach auf Endemann zurückgehender,[14] neuerdings wieder an Bedeutung gewinnender Auffassung soll das Verkehrsgeschäft Rechtsgrund des Erbverzichts im Sinne des § 812 BGB sein. Deshalb soll dem Verzichtenden die Kondiktion gegenüber dem Erblasser oder aber nach seinem Tode gegen die Erben, etwa als "zerstörliche Einrede" zustehen, wenn sich das Verkehrsgeschäft als unwirksam erweist oder nachträglich aufgehoben wird.[15]

---

9) Kipp-Coing, Erbrecht, § 36 IV 1 (S. 177) für Erbverträge, § 82 II 3b (S. 363); Bartholomeyczik, Erbrecht 6, § 5 I 4 C aa (S. 23); Staudinger-Ferid, Vorbem. 91 vor § 2346; Planck, 4. Aufl., Vorbem. 4 vor § 2346.

10) Kipp-Coing, a.a.O., S. 363 mit weiteren Nachweisen.

11) Soergel-Ehard-Eder, Anm. 3 zu § 2346; RGRK, Anm. 2 zu § 2346; Crome, Erbrecht, § 664 I (S. 177); Planck, 3. Aufl., Vorbem. 4 vor § 2346.

12) Strohal, Erbrecht Bd. I, § 59 V 1 (S. 539 f.); Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, S. 62 f.

13) Larenz, IherJb 81, S. 17 ff.

14) Erbrecht, 1. Hälfte, § 88 III b 2 (S. 667).

15) Leonhard, Anm. IV B 1 zu § 2346; Heinrich Lange, Erbrecht, § 7 VI (S. 73), sowie Festschrift für Nottarp, S. 128 f. Soergel-Ehard-Eder, Anm. 3 zu § 2346; RGRK Anm. 2 zu § 2346, und neuestens, jedenfalls für den Pflichtteilsverzicht, Kipp-Coing a.a.O. zu c); ähnlich Bartholomeyczik, Erbrecht 7 § 5 I 4 c bb (S. 23 f).

(6) Schließlich wird vorgeschlagen, dem Verzichtenden mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung gegenüber einem Angriff auf sein behauptetes Erbrecht zu helfen.[16]

Schon diese kurze Übersicht zeigt, daß ein in jeder Hinsicht befriedigender und dabei doch systematisch widerspruchsfreier Weg in direkter Gesetzesanwendung offenbar noch nicht gefunden worden ist. Sie drängt auch zu dem Schluß, daß die Besonderheiten des erbrechtlichen Vertrages nicht genügend gewürdigt werden, und daß immer noch in mancher Beziehung Unklarheiten über seine systematische Behandlung und seine Einordnung in das allgemeine Rechtssystem bestehen. Auf die Gründe dieser Unklarheiten und Schwierigkeiten wird sogleich einzugehen sein.

II. Das besondere Ziel dieser Untersuchung

1. Die systematische Zielsetzung

In dieser Arbeit soll nicht lediglich erneut das Für und Wider der einzelnen oben aufgezeigten Lösungswege gegeneinander abgewogen werden. Das ist bereits in zahlreichen seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erschienenen Abhandlungen sowie in Lehrbüchern und Kommentaren geschehen. Es kann auch nicht ein neuer, völlig befriedigender und systematisch widerspruchsfreier Weg, gewissermaßen eine Patentlösung zur Bewältigung des Problems, aufgezeigt werden. Eine systematisch nahezu folgerichtige Lösung gibt es, wie noch darzulegen sein wird, nur für den Fall der Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäftes. Vielmehr sollen diejenigen zentralen Fragen herausgegriffen werden, die für alle Versuche, das Problem aus dem System des Gesetzes zu lösen, bedeutungsvoll sind: der Typenzwang und die sogenannte Abstraktheit der Erbrechtsverträge.

Die besondere Bedeutung gerade dieser Fragen für die Behandlung des Problems ist bisher nicht in ausreichendem Maße erkannt und gewürdigt worden. Daher

16) Bartholomeyczik, Erbrecht 5, § 5 I 4b (S. 21 f.); vgl. auch Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 3 vor § 2346 mit Übersicht über den Stand der Auseinandersetzung.

rühren vor allem die Widersprüche, die in der bisherigen wissenschaftlichen Erörterung sowie in der spärlichen Rechtsprechung, die sich zudem überwiegend auf angrenzende Rechtsfragen bezieht, zutage getreten sind. Eine nochmalige Behandlung des Problems unter Berücksichtigung dieser Fragen erscheint deshalb angezeigt.

Wie sich ergeben wird, ist ein Teil der oben erwähnten Vorschläge unmittelbar abhängig von systematischer Einordnung und dogmatischer Stellung des Erbverzichtsvertrages oder steht sogar in einer Art Wechselbeziehung zueinander. So wird der Erbverzichtsvertrag, wenn er ein typengebundenes Geschäft ist, nicht mit Schuldrechtsgeschäften derart verbunden werden können, daß er durch schuldrechtlichen Rücktritt beseitigt werden oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage unwirksam sein kann.[17] Dagegen steht der Typenzwang der Annahme einer Bedingung nicht im Wege.[18]

Ist der Verzichtsvertrag andererseits ein abstraktes Geschäft, wird § 139 BGB nicht auf ihn anwendbar sein.[19] Umgekehrt wird sich die Kondizierbarkeit des Erbverzichts nur dann vertreten lassen, wenn der Erbverzicht ein abstraktes Geschäft ist.[20]

Dagegen ergeben die Gesichtspunkte des Typenzwangs und der Abstraktheit nichts für die Berechtigung der analogen Anwendung erbrechtlicher Gestaltungsrechte auf den Erbverzichtsvertrag oder die ebenfalls nur als Gesetzesanalogie vorstellbare Zubilligung einer Arglisteinrede. Sie lassen weder Rückschlüsse auf die dogmatische Stellung des erbrechtlichen Vertrages zu, noch hängen sie letztlich ihrerseits davon ab. Hierfür sind vielmehr rechtspolitische Gesichtspunkte maßgebend. Darüber wird erst nach Abschluß der systematischen Untersuchung gehandelt werden.[21]

Die systematische Untersuchung soll durch einen kurzen Überblick über die Behandlung des Problems im Schweizer und österreichischen Recht ergänzt werden.

---

17) Hierüber unten Kapitel 5 (S. 50).
18) Unten Kapitel 6 (S. 59).
19) Dazu unten Kapitel 10 (S. 87).
20) Unten Kapitel 7 (S. 65).
21) Unten Kapitel 15 (S. 144).

2. Ergänzung der systematischen durch die historische Betrachtung

Die Untersuchung soll ferner den Mangel vieler bisheriger Erörterungen vermeiden, die die historische Entwicklung nicht nur des Erbverzichtsvertrages, sondern des Vertrages im Erbrecht überhaupt nicht genügend berücksichtigen. Gerade hier findet sich ein Ansatzpunkt, um die eigenartige Stellung zu erklären, die nach Rechtsprechung und Lehre zumindest der Erbverzicht noch heute zwischen Erbrecht und lebzeitigem Vermögensrecht einnimmt. Hiervon soll vorweg gehandelt werden.

2. Kapitel: Die historische Entwicklung der Erbrechtsverträge

Im folgenden soll ein kurzer Abriß der Geschichte der Erbrechtsverträge gegeben werden. Er soll die verschiedenen, schließlich gegenläufigen und miteinander unvereinbaren Einflüsse hervorheben, die in der Entwicklung der Erbrechtsverträge wirksam geworden sind; und die diese Verträge schließlich zu heterogenen, im lebzeitigen Vermögensrecht wie im Erbrecht wurzelnden Instituten haben werden lassen. Die geschichtliche Entwicklung soll zur Erklärung dafür herangezogen werden, daß auch über den dogmatischen Standort des Erbvertrages und des Erbverzichts im Bürgerlichen Gesetzbuch noch immer Zweifel bestehen.

Bei solcher Zielsetzung kann die Untersuchung darauf verzichten, der Entwicklung der erbrechtlichen Verträge in allen Differenzierungen und Übergängen nachzugehen. Die rechtsgeschichtliche Forschung hat auch noch keineswegs alle Entwicklungsphasen aufgehellt. Die Untersuchung muß und kann sich daher darauf beschränken, einzelne Entwicklungsstufen und die von ihnen geprägten Grundtypen festzuhalten und daran den Einfluß wechselnder Anschauungen nachzuweisen.

Es kann also nicht darauf ankommen, die Strukturveränderungen der Erbrechtsverträge zeitlich genau zu fixieren, sondern den inneren Zusammenhang und die gegenseitige Bedingtheit der geschichtlich hervorgetretenen Rechtsbildungen darzustellen.

I. Der Ausgangspunkt: Affatomie, Vergabung und Verzicht auf das Wartrecht

Da das Erbrecht nach §§ 1922, 1937 BGB heute ein Institut des Vermögensrechts ist, haben die erbrechtlichen Verträge nur vermögensrechtliche Bedeutung. Ihre Einfügung in das System unseres Vermögensrechts bereitet aber Schwierigkeiten. In diesem System ist die Form der vertraglichen Bindung grundsätzlich Rechtsgeschäften unter Lebenden zugeordnet. Weiter beziehen sich diese Verträge, soweit sie die vermögensrechtliche Lage unmittelbar ändern sollen, grundsätzlich auf bestimmte einzelne Gegenstände. Die erbrechtlichen Verträge beziehen sich aber nicht auf einzelne Gegenstände, entfalten auch in bezug auf die Verfügung über diese Gegenstände unter Lebenden keine bindende Wirkung. Bindungen unter Lebenden in bezug auf ein ganzes Vermögen können nur mittelbar durch einen personenrechtlichen Vertrag, so die Eheschließung, entstehen. Ein vermögensrechtlicher Vertrag, der sich auf ein Vermögen im ganzen bezieht, ist nur der Ehevertrag. Dieser ist aber an die personenrechtliche eheliche Beziehung angelehnt. Nur die erbrechtlichen Verträge sollen einerseits einen rein vermögensrechtlichen und in gewisser Beziehung bindenden Charakter haben, andererseits sich nicht auf bestimmte Gegenstände beziehen.

Das römische Recht bietet hierfür nur insofern ein Vorbild, als es - in geschichtlich deutlicher Zeit - zwar den Begriff des Erbrechts und der Erbennachfolge in das Gesamtvermögen des Erblassers und den Begriff der Verfügung von Todes wegen kennt, diese aber nicht in Gestalt einer vertraglichen Bindung, die ihm gerade als unvereinbar mit dem Gegenstande der Verfügung, nämlich dem Erbrecht erscheint.[1] Im übrigen kennt es zwar ebenfalls personenrechtliche Verträge wie die Adoption, dagegen auch nicht den Ehevertrag in unserem Sinne. Die Bestellung der dos kann mit ihm nicht verglichen werden; denn zum Dotalgut wurde nicht ein bestimmter Vermögenskomplex uno actu gemacht. Vielmehr wurden die zum Dotalgut bestimmten Gegenstände einzeln übertragen, oder die dos wurde nur

1) Kaser, Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt, § 159 (S. 567) m. Nachw.; Kipp-Coing, Erbrecht, § 36 I 1 (S. 174 f. § 82 I (S. 348); Staudinger-Dittmann, Vorbem. 1 vor § 2274; Staudinger-Ferid, Vorbem. 8, 9 vor § 2346.

durch Eingehen einer besonderen Verpflichtung bestellt.[2)]

Das römische Recht hat also zwar zur Ausbildung der Begriffe des Erbrechts und der erbrechtlichen Sukzession beigetragen, die Gegenstand der heutigen erbrechtlichen Verträge sein sollen. Jene Begriffe waren, wie sogleich zu zeigen ist, den germanischen Rechten fremd. Dagegen hat nach wohl herrschender Auffassung der Begriff des bindenden erbrechtlichen Vertrages seine geschichtlichen Wurzeln in gewissen, den germanischen Rechten bekannten Rechtsgeschäften unter Lebenden, nämlich einerseits in der - primär personenrechtlichen - Affatomie und in den - primär vermögensrechtlichen - Vergabungen,[3)] andererseits in entsprechenden Verzichtsverträgen, entweder solchen primär personenrechtlicher Natur mit vermögensrechtlicher Folgewirkung (Lossagung von der Familie, lex salica tit. 63[4)])[4a)], oder einem primär vermögensrechtlichen Verzicht auf Rechte am Hausvermögen.[5)] Wie zu zeigen sein wird, sind im Laufe der Zeit die personenrechtlichen Verträge zugunsten der vermögensrechtlichen Vergabungen und Verzichte zurückgetreten, so daß vor allem die letzteren für die heutigen erbrechtlichen Verträge vorbildlich geworden sind. Freilich bleibt zu beachten, daß auch die Verzichte, eben als Verzichte auf Rechte, die auf personenrechtlichen Beziehungen beruhten, in diesen ihre Grundlagen hatten. Für einen Verzicht auf Rechte, die nicht auf einer solchen Beziehung beruhten (wie dem heutigen Verzicht auf ein gewillkürtes Erbrecht[6)]), war im älteren Recht kein Raum.

(1) Zum Verständnis dieser Geschäfte des älteren Rechts soll vorweg die Vermögensverfassung der Familie skizziert werden, die bei diesen Geschäften vorausgesetzt wird.

---

2) Kaser, Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt, § 80 III (S. 286 f.); Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, § 181 (S. 285 f.).

3) Brunner-Heymann, Rechtsgeschichte, § 57 (S. 242); Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 310 (S. 277)

4) zitiert nach Cod. 1-6

4a) Vgl. unten zu 2c) S. 18 ff.

5) Beseler, Erbverträge, 2. Teil, Bd. II, S. 221 f.; Brunner-Heymann, a.a.O., S. 239 ff.

6) Siehe unten S. 146.

Hier gibt es freilich noch viele Zweifelsfragen. Die grundsätzliche Frage, ob anfangs eine unbeschränkte Hausgewalt des Hausvaters bestand, die erst später durch Sitte und Recht eingeschränkt wurde,[7] oder ob umgekehrt die Vermögensverfassung von einer anfänglichen Vermögensgemeinschaft ihren Ausgang nahm,[8] wird von neueren Forschern in letzterem Sinne beantwortet.[9] Dennoch sind im einzelnen wohl auch heute noch viele Fragen nicht vollständig geklärt, z.B. wieweit der Kreis der "Familie" (im Sinne eines Anteilsrechtes am Hausvermögen) reichte; ob hierzu nur Hausgenossen gehörten, das grundlegende Band also in einer munt des Hausvaters zu erblicken ist; ob die Aufnahme (z.B. von unehelichen Kindern des Hausvaters) in die Hausgemeinschaft schwächere oder fehlende Blutsbande ersetzen konnte. Fraglich ist ferner, ob die Verwaltungsbefugnis des Hausvaters auf seiner Hausgewalt beruhte; ob sie fremdnützigen oder eigennützigen Charakter hatte; ob für ihren Umfang zwischen laufenden und weitergehenden Geschäften zu unterscheiden war. Hierher gehören auch die Fragen, wieweit die Befugnisse des Hausvaters nur durch Mitspracherechte der Hausangehörigen oder auch außerhäuslicher Verwandtschaft beschränkt waren; ob zum Hausvermögen nur die von der Seite des Hausvaters stammenden Gegenstände gehörten, und ob innerhalb des Hausvermögens der Kreis der Mitsprache- oder Anfallsberechtigten verschieden war nach der Art des Gegenstandes: Rechte am Grund und Boden; ferner, wie sich die hierzu gehörige und die selbständige Fahrnis abgrenzten; ob zwischen ererbtem und erworbenem Gut unterschieden wurde; nach welcher Berechnungsweise sich der Vorzug gegenüber konkurrierenden Anfall- oder Mitspracheberechtigten bestimmte; ob Abschichtungen ein endgültiges Ausscheiden aus diesen Rechten oder nur ein Zurücktreten hinter gleich nahen Berechtigten bedeutete, u.a. mehr.

---

7) So ausführlich Ficker, Erbenfolge, Bd. I S. 229 f, Bd. V 1. Abt. Nachtr. IV Nr. 1480 ff (S. 164 ff), insbes. Nr. 1504 (S. 197 f); ebenso Beseler, Erbverträge, 1. Teil § 5 (S. 48 ff.).

8) So v. Amira, Grundriß, § 54 (S. 173); Heusler, Institutionen, Bd. II § 89 (S. 54 ff.). Conrad, Rechtsgeschichte, 1. Teil 4. Abschn. 1. Kap. § 4 (S. 40 ff); Planitz-Eckhardt, Rechtsgeschichte, § 13 II 4a (S. 56); eingehend Brunner in: Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 217 ff; A. Schultze, Augustin und der Seelteil, S. 6 ff

9) Eine Übersicht über den Stand der Auseinandersetzung gibt Partsch, Mitwirkungsrecht, Einleitung S. 1 ff.

Sicher ist, daß von Erbrecht in modernem (und römischem) Sinne erst mit der parallelen Ausbildung des freien Eigentums im Sinne grundsätzlicher Freiheit zu Verfügungen unter Lebenden die Rede sein kann. Vielleicht hat sich eine in der Hausgewalt wurzelnde Verwaltungsbefugnis hierzu verstärkt und konsolidiert. Einen allzu gradlinigen, kontinuierlichen Aufstieg in diesem Sinne wird man sich freilich nicht vorstellen dürfen, vielmehr mit wechselnden Perioden mehr genossenschaftlicher oder mehr herrschaftlicher Ausgestaltung der Hausgewalt rechnen müssen; dies schon deshalb, weil hierauf vielfach politische, militärische und fiskalische Interessen Einfluß übten, deren Richtung und Stärke in den einzelnen Perioden wechselten.

Immerhin wird man sagen können, daß für die Ausbildung eines speziellen Erbrechts, insbesondere als Universalsukzession in das Eigentum eines Verstorbenen, die Voraussetzungen fehlten. Auch der Tod des Hausvaters bedeutete grundsätzlich nur den Wegfall eines - wenn auch des gewissermaßen geschäftsführenden - Gesellschafters. Die Folge konnte also nicht Inhaberwechsel hinsichtlich des gesamten von ihm verwalteten Vermögens sein, sondern nur Anwachsung seiner Anteilsrechte an die übrigen Anfallberechtigten. Der Kreis der Anfallberechtigten konnte durch letztwillige Bestimmung von seiten eines Beteiligten nicht geändert werden.[10)]

Allenfalls könnte beim Tode des Hausvaters von einer Sukzession in die Geschäftsführung gesprochen werden. Aber die Nachfolge in diese konnte sich nach anderen Regeln bestimmen als die in die sonstigen Anteilsrechte. Bei mehreren Anteilern, aber herrschaftlicher Gestaltung des Verwaltungsrechts fiel beides auseinander; ebenso, wo etwa für noch wirtschaftsunfähige Anteiler ein Dritter als muntwalt oder auch die überlebende Hausfrau die Wirtschaft zu führen hatte. Soweit diese Rechte nutz-

10) H.M., vgl. Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S. 621 f.); Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 298 (S. 171); Schönfeld, ZRG (Germ. Abtl.), Bd. 42, S. 244 ff.; Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 1 (S.1 ff.); Conrad a.a.O. S. 42; Planitz-Eckhardt a.a.O.; Planitz, Grundzüge, § 98 I (S. 228 f); A. Schultze a.a.O. S. 20; zum Ausschluß aus dem Kreis der Berechtigten siehe Siegel, Erbrecht, § 45 (S.128 ff.): Das Anwachsungsrecht ging nur bei bestimmten Verfehlungen verloren.

bar waren, also eigennützig ausgeübt werden konnten, verbot sich auch insoweit eine letztwillige Verfügung hierüber.

Ferner lag der Gedanke einer "Repräsentation" des "Erben" durch den "Erblasser" mit der Folge einer Wirksamkeit der von diesem eingegangenen Verbindlichkeiten gegen die "Erben" fern.[11] Allenfalls kam eine Haftung des Hausvermögens als solchen in Betracht. Solange aber Geschäfte unter Lebenden keine Haftung im Sinne der heutigen Realexekution begründeten, fehlte es auch an der Voraussetzung für den Übergang einer so verstandenen Haftung auf Rechtsnachfolger.

(2) Unter der Herrschaft dieser Grundsätze konnte eine gewillkürte Änderung der Sukzession nur durch eine Änderung der (personenrechtlichen) Stellung in der Familie oder der (vermögensrechtlichen) Beteiligung am Hausvermögen bewirkt werden. Die folgende nähere Untersuchung wird zeigen, daß tatsächlich beide Wege beschritten worden sind.

(a) Der (fränkischen) Affatomie und dem (langobardischen) Thinx[12] ging als das wohl frühere Geschäft die Geschlechtsleite voraus, d.h. die Einleitung in den weiteren Kreis der Sippengenossen, die den Erwerb aller entsprechenden Rechte und Pflichten, also auch vermögensrechtlicher Anteile, zur Folge hatte, ohne daß der letztere Zweck dabei im Vordergrund gestanden hätte. Auch die sogenannte Affatomie war ursprünglich wohl noch ein familienrechtliches - adoptionsähnliches - Geschäft. Ein Fremder wurde in die engere Hausfamilie aufgenommen und erwarb alle mit dieser Stellung verbundenen Rechte und Pflichten,[13] also auch die Anfallberechtigung an dem Hausvermögen. In der Schilderung dieses Geschäfts lex salica tit. 46 liegt zwar das Gewicht offenbar auf dem Erwerb

11) v. Wyß, Z.Schweiz. R., Bd. 19, S. 69 f.; Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 3 (S. 14); einschränkend Heusler, Institutionen, Bd.II, §§ 175, 176 passim (S. 536, 540, 543 ff. (547)); Koch, Erbrecht, § 72 (S. 767); vgl. auch Planitz, Grundzüge, § 102 I (S. 238)

12) oder Garethinx, vgl. Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S.621 ff.), und Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 7 (S. 96 ff.) und § 8 (S.108 ff.) zu den Besonderheiten der Geschäfte.

13) v. Amira, Grundriß, § 54 (S. 175) m. Anm. 1).

dieser Berechtigung. Aber schon das Wort "affatumire" (an den Busen ziehen, umarmen) scheint auf die ursprüngliche Herstellung eines Familienbandes hinzudeuten, wenn nunmehr auch die vermögensrechtliche Folge in den Vordergrund rückt.[14]

Deshalb diente die Affatomie aber doch nicht dazu, anderen anfallberechtigten Verwandten ihre Rechte zu nehmen. Die Affatomie wurde feierlich vor versammeltem Thing, also unter Billigung der Sippe und des Stammes vollzogen[15] oder, später, auch vor dem König.[16] Diese Publizität des Geschäfts gewährleistete wohl auch die Möglichkeit von Einsprüchen näher Berechtigter. Eine Änderung des Anfalls zu ihren Lasten hätte aber keine allgemeine Billigung in einer Zeit gefunden, für die die Verfangenschaft des Hausgutes zugunsten der Hausfamilie (unbeschadet der Möglichkeit von Verzichten[17]) etwas Selbstverständliches war. Deshalb wird die Auffassung der Wahrheit nahekommen, die der Affatomie nur für wenige Ausnahmefälle Bedeutung zuspricht, hauptsächlich für den Fall, daß jemand, der ohne nähere Verwandte war, den Heimfall seines Vermögens an einen wirtschaftlichen oder politischen Verband hindern und sich für seinen Tod die Beachtung des Totenkultes sichern wollte.[18] Ein solcher Zweck entspricht am ehesten der familienrechtlichen Struktur des Rechtsgeschäfts.

Deutlichere Kunde von der Affatomie geben erst die Volksrechte. Gerade sie fixieren aber schon eine sehr späte Entwicklungsstufe. Das Geschäft erscheint bereits in der Form der dinglichen Tradition, der feierlichen Auflassung. Auch der Gedanke der Erblosigkeit ist schon soweit zurückgebildet, daß die Affatomie nur noch Kinderlosigkeit und, nach salischem Recht, auch noch Elternlosigkeit voraussetzt.[19] Damit bezeichnen die Volksrechte

14)Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S. 621 f.), § 195 (S. 625); Siegel, Erbrecht, § 35 (S. 99); Schönfeld, ZRG (Germ. Abtl.) Bd. 42, S. 249; v. Amira, Grundriß, § 54 (S. 173).

15)Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 7 (S. 99 f.); Hübner, Gierkes Unters. 26, § 1 (S.2); Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S. 622).

16)Beseler, a.a.O., S. 103.

17)s. unten zu c), S. 18 ff.

18)Schönfeld, ZSaSt (Germ. Abtl.) Bd.42, S. 248; Heusler, Institutionen, Bd.II, § 194 (S. 622). Conrad, Rechtsgeschichte a.a.O.; Planitz-Eckhardt, Rechtsgeschichte § 30 I 4b (S. 107).

19)Vgl. lex sal. tit. 46 und lex rip. tit. 48; dazu Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 7 (S. 96 ff.).

den Endpunkt in der Entwicklung der Affatomie. Die völlige Ablösung des Geschäfts durch die Vergabungen kündigt sich an.[20] Deswegen kann aber nicht sein ursprünglich familienrechtlicher Charakter geleugnet werden.[21]

Die Affatomie blieb (bis zu ihrer Ablösung durch die Vergabung) Rechtsgeschäft unter Lebenden. Sie war keine Verfügung, deren Wirksamkeit erst mit dem Tode des Annehmenden eintrat. Ihre unmittelbare und endgültige Wirkung bestand in der Herstellung eines familienrechtlichen Bandes durch Annahme einer fremden Person in die Sippe. Daß der Angenommene dieselbe Anfallberechtigung wie die natürlichen Verwandten erwarb, war eine mittelbare Folge des Geschäfts, rechtlich eine bloße Reflexwirkung. Eine Erbeinsetzung nach heutigem Verständnis enthielt die Affatomie nicht.[22] Der Angenommene trat mit dem Tode des Annehmenden in dessen Rechte am Aktivvermögen ein.[23] War er allein anfallberechtigt, gingen alle Rechte auf ihn über. Waren konkurrierende Anfallberechtigte vorhanden, etwa infolge einer Affatomie zwischen mehreren Personen, erwarb er eine quotenmäßige Mitberechtigung.[24]

Auch das besondere Verfahren sei noch erwähnt, die Vermögensnachfolge unter Einschaltung eines Mittelsmannes zu regeln. Dieses Verfahren, dessen man sich schon bei der Affatomie bediente,[25] bietet ein lehrreiches Bei-

---

20) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S. 624).

21) So Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 7 (S. 105 ff.) und § 8 (S. 115 ff.)

22) v. Amira, Grundriß, § 54 (S. 173).

23) sie ist natürlich keine Gesamtnachfolge im heutigen Sinne, vgl. v. Amira, Grundriß, § 54 (S. 173); zu weit geht Heusler, Institutionen, Bd. II, § 195 (S. 626).

24) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S. 624) und § 195 (S. 626); Schönfeld, ZRG (Germ. Abtl.) Bd. 42 (S. 249); vgl. auch Siegel, Erbrecht, § 35 (S. 99); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 7, (S. 105 ff.) nimmt die Entstehung von Gesamteigentum zwischen Annehmendem und Angenommenem an.

25) Lex salica, Tit. 46 (zitiert nach Cod. 1-6). Welche Bedeutung dem Gebot der Weiterübertragung binnen Jahresfrist in dieser Stelle zukommt, ist noch wenig geklärt. Offenbar sollte dem Tradenten eher eine zeitlich beschränkte Nutzungsbefugnis als die Widerrufsmöglichkeit vorbehalten werden, vgl. Stobbe, Privatrecht, Bd. 5, § 289 Anm. 32 (S. 178); Heusler scheint auch in diesem Fall den Widerruf für möglich zu halten, vgl. Institutionen, Bd. 2, § 194 I (S. 623 f).

spiel dafür, wie man verstand, die Affatomie trotz unmittelbarer und endgültiger Wirkung dem Zweck dienstbar zu machen, eine im Ergebnis widerrufliche Regelung der Vermögensnachfolge zu treffen. Der Mittelsmann, der später als Salmann im Rechtsleben eine große Rolle spielte,[26] stand in einem Treueverhältnis zu dem Tradenten, kraft dessen er weisungsgebunden war. So erhielt sich der Tradent die mittelbare Verfügungsmacht, auch wenn er sich selbst des Gutes begeben hatte.[27] Bemerkenswert ist hier die Methode, ein Geschäft ohne grundlegende Veränderung seiner Struktur besonderen Zielsetzungen dienstbar zu machen. Sie bildet den Schlüssel zum Verständnis für die Entwicklung der Vergabung im späteren Recht.[28]

Eine Beschränkung auf den Erwerb einzelner Gegenstände entsprach nicht dem Wesen der Affatomie, auch nicht in der späten, gewissermaßen vermögensbezogenen Form der Volksrechte. Darin unterscheidet sich die Affatomie grundsätzlich von der im folgenden zu behandelnden Vergabung. Aber sie nähert sich ihr schon.[29] Schon in lex salica tit. 48 heißt es: "de fortuna sua quantum ei voluerit dare", und im Jahre 819 geben die capitula legi salicae addita (tit. 10) folgende Definition: "De affatomie dixerunt, quod traditio fuisset."

(b) Im Gegensatz zur Affatomie war die Vergabung von Anfang an ein dingliches, gegenständlich bezogenes Geschäft.[30] Heute würde man sie zu den Verfügungen unter Lebenden zählen. Das soll näher am Beispiel der frühen Grundstücksvergabung gezeigt werden, an die sich erst später die Vergabe von Fahrhabe anschloß.[31]

---

26) Vgl. Beseler, a.a.O., § 15 (S. 261 ff.).

27) Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 298 unter 7 (S. 178); Heusler, Institutionen, Bd. II, § 194 (S. 623).

28) Vgl. unten zu II, 2 (S. 21 ff.).

29) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 99 (S. 120), besonders § 195 (S. 626 ff.); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 6 (S. 69 ff.); Siegel, Erbrecht, § 35 (S. 99).

30) Vgl. dazu die Zitate in Anm. 29.

31) Siegel, Erbrecht, § 38 (S. 109 f.); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 10 (S. 152 ff.).

Die Vergabung wurde dadurch vollzogen, daß der Eigentümer dem Bedachten das Grundstück versprach und feierlich aufließ.[32] Die Auflassung verschaffte dem Bedachten ein sofort wirksames Recht an dem Grundstück.[33][34] Damit scheinen der dingliche Charakter der Vergabung und ihre Wirkung unter Lebenden schon hinlänglich gekennzeichnet. Jedoch muß auch die andere Seite der Vergabung hervorgehoben werden. Obwohl der Bedachte sofort und unwiderruflich[35] ein Recht am vergebenen Grundstück erwarb, wurde ihm die Nutzung doch bis zum Tode des Vergebenden vorenthalten. Sie verblieb dem Tradenten.[36] Zwischen ihm und dem Bedachten entstand ein eigentümliches Rechtsverhältnis, das entweder als Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs[37] oder als Begründung von Gesamteigentum[38] aufgefaßt werden kann. Die Vergabung war also ein in seinen Wirkungen teils auf den Zeitpunkt der Vornahme, teils auf den Tod des Vergebenden bezogenes Geschäft.

Dennoch wurde die Vergabung ganz von der Vorstellung einer dinglichen Rechtsänderung beherrscht. So mußte der Bedachte für eine bestimmte Frist, etwa für drei Tage, in den Besitz des Grundstückes gesetzt werden, um die Gewere am Grundstück zu erwerben. Erst nach Ablauf dieser Frist erhielt der Tradent das Grundstück zur Nutzung zurück. Fortan konnte er das Grundstück nicht mehr kraft eigenen Rechts, sondern nur noch auf Grund der Erlaubnis des Bedachten nutzen.[39] Zum Zeichen dieses Abhängigkeitsver-

32) Siegel, Erbrecht, § 36 (S. 99 f.); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 4 (S. 20), § 6 (S. 69 ff.).

33) v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 69 f.; Heusler, Institutionen, Bd. II, § 199 (S. 639).

34) Über die Natur dieses Rechtes s. Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 6 (S. 70 ff.).

35) Vgl. Heusler, Institutionen, Bd. II, § 199 unter 1 (S. 639).

36) Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 298 (S. 175); Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht, § 14 Rz. 13; v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 71 f.

37) So die in Anm. 36 Genannten.

38) So Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 6 (S. 69 ff.) passim, hauptsächlich S. 78 ff.

39) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 99 (S. 118), § 83 (S. 36); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 4 (S. 32); ausführlich Hübner, Gierkes Untersuchungen 26, § 18 passim, vor allem S. 95 ff.

hältnisses zahlte der Tradent häufig einen symbolischen Zins an den Bedachten.[40]

Es ist also festzuhalten, daß die Vergabung Rechtsgeschäft unter Lebenden blieb, wenn ihre Wirkung auch zu einem Teil auf den Tod des Vergebenden verschoben war. Das Hauptgewicht lag auf dem sofortigen Übergang des Vollrechts auf den Bedachten. Nur diese Auffassung berücksichtigt gebührend den schon hervorgehobenen[41] Grundsatz, daß der "Erblasser" seinen "Erben" nicht verpflichten konnte. Der Bedachte konnte deshalb nur durch eine noch bei Lebzeiten des Vergebenden vollzogene Vergabung wirklich etwas erwerben.[42]

Eine Erbeinsetzung nach heutigem Verständnis enthielt die Vergabung also ebenso wenig wie die Affatomie.

(c) Der Verzicht der anfallberechtigten Angehörigen auf ihre Rechte am Hausgut hatte eine andere und wesentlich größere Bedeutung als der Verzicht des heutigen Erben. Hier kann dahinstehen, wieweit der Kreis der Anwärter, die bei Verfügungen über das Hausvermögen ein Mitspracherecht hatten, zu ziehen ist,[43] insbesondere, ob hierzu nur die Hausangehörigen oder auch die weiteren Verwandten gehörten, und ob deren Mitspracherecht, soweit es bestand, als gesamthänderische Mitbeteiligung oder eher als Ausfluß einer - die Nachfolge sichernden - Anwartschaft zu denken ist.[44] Jedenfalls schränkten die Wart- und Beispruchsrechte, die

---

40) Siegel, Erbrecht, § 36 (S. 102); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 6 (S. 72); Heusler, Institutionen, Bd. II, § 99 (S. 119 ff.), § 82 (S. 26 ff.).

41) Vgl. oben S. 13 mit Anm. 11.

42) So richtig Siegel, Erbrecht, § 36 (S. 99 f.); v. Wyß, Z.Schweiz.R., Bd. 19, S. 69 f.

43) Vgl. Heusler, Institutionen, Bd. II, § 89 (S. 54 ff.).

44) Vgl. hierzu die Darstellung der kontroversen Auffassungen bei Partsch, Mitwirkungsrecht, Einl. zu 1 und 2 (S. 2 ff. und S. 4 ff.); sowie Planitz-Eckhardt, Rechtsgeschichte § 13 III 1a (S. 57): das Beispruchsrecht sei hervorgegangen aus dem Gesamteigentum der Verwandten, das Wartrecht beruhe auf der Hausgemeinschaft.

den Angehörigen unentziehbar zustanden, die Verfügungsmacht des Hausvaters sehr stark ein. Verfügungen aller Art[45] und über sämtliche[46] oder doch die wesentlichen Gegenstände des Hausvermögens, wie Grundstücke,[47] waren von der Zustimmung der Beispruchsberechtigten abhängig.[48] Verfügungen ohne deren Zustimmung waren zugunsten des Übergangenen gegenüber jedermann unwirksam. Der Berechtigte konnte das Gut, über das verfügt worden war, an sich ziehen.[49]

Das Wartrecht war also ein aus der Stellung in der Familie fließendes gegenständlich bezogenes, gegen das Familienoberhaupt wie gegen Dritte geschütztes Recht am oder auf das Hausvermögen. Deshalb konnte es, und darin findet sich eine Parallele zu Affatomie und Vergabung, entweder zugleich mit der Stellung in der Familie oder durch vermögensrechtliche Verfügung aufgegeben werden.

Auch in der frühen Geschichte des Verzichts begegnet eine dem Familienrecht zuzurechnende, der Affatomie ähnliche Form des Geschäfts. Nach lex salica tit. 63 konnte sich jemand von seiner Familie lossagen und verlor damit unter anderem auch das Wartrecht.[50] In dieser personenrechtlichen Geschäftsform scheint aber die Aufhebung nur des Wartrechts niemals zum beherrschenden Zweck erhoben worden zu sein, so daß die Entwicklung des Erbverzichts eigentlich erst mit dem vermögensrechtlichen Verzicht ihren Anfang genommen hat.[51]

45) Selbstverständlich auch Vergabung und Affatomie, vgl. v. Amira, Grundriß, § 54 (S. 173).
46) Heusler, Institutionen, Bd.II, § 89 (S. 58).
47) Siegel, Erbrecht, § 38 (S. 109).
48) Ders., §§ 33 (S. 89), 34 (S. 91), 41 (S. 116 ff.); Planitz-Eckhardt a.a.O.; Conrad, Rechtsgeschichte 1. Teil 4. Abschn. 2.Kap. (S. 44); zweifelnd Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 5 (S. 48 ff.); dagegen Heusler, Institutionen, Bd.II, § 89 (S. 54 ff.).
49) Heusler, Institutionen, Bd.II, § 89 (S. 59); Siegel, Erbrecht, § 41 (S. 116 ff.).
50) Beseler, Erbverträge, 2. Teil, Bd. II, § 24 (S. 215 ff., 220 f.).
51) Vgl. Beseler, a.a.O., S. 221.

Dieser Verzicht war Verfügung über die Rechte des Beispruchsberechtigten und verschaffte dem Ausübungsberechtigten unbeschränkte Verfügungsfreiheit. Der Verzicht wurde durch Beispruch zu der jeweiligen Verfügung erklärt. Auch wenn das Beispruchsrecht nicht auf einzelne Verwandtschaftsgrade beschränkt war,[52] mußten doch nur die im Zeitpunkt der Verfügung nächsten Berechtigten zustimmen. Eine spätere Änderung der Anfallberechtigung berührte die Wirksamkeit des Beispruchs nicht mehr.[53]

II. Die Abschwächung des Unmittelbarkeitsprinzips: Vergabung des Nachlasses unter Widerrufsvorbehalt und Verzicht auf den Nachlaß

Die nächste Entwicklungsstufe ist durch eine fortschreitende Einschränkung der Vermögensbindung in Haus und Familie und, damit korrespondierend, eine verfeinerte Ausbildung der (lebzeitigen) Geschäfte auf den Todesfall gekennzeichnet. Der Gedanke der unmittelbaren Wirkung unter Lebenden, der Affatomie, Vergabung und den Verzicht der Beispruchsberechtigten ursprünglich bestimmte, erfährt eine Zurückdrängung, die hauptsächlich in einer umfassenderen zeitlichen Verschiebung der Wirkungen auf den Tod, in der Anerkennung von Widerrufsmöglichkeiten und in der langsam fortschreitenden Entwertung des Beispruchsrechts hervortritt.

Damit scheint sich eine zögernde Hinwendung zu erbrechtlichen Anschauungen anzudeuten. Eine echte Annäherung an die erbrechtlichen Gestaltungsformen des römischen Rechts fand jedoch in Wahrheit nicht statt. Doch wird die Berührung mit der Gedankenwelt des römischen Zivilrechts diese Entwicklung ebenso gefördert haben[54] wie der sich ausweitende und nach neuen Formen suchende Rechtsverkehr.[55]

52) Vgl. Heusler, Institutionen, Bd.II, § 89 (S. 56).
53) Heusler, a.a.O., S. 40.
54) Vgl. Siegel, Erbrecht, § 33 (S. 90), § 37 (S. 107 f.).
55) Die These Beselers, Erbverträge, 1. Teil, § 11 (S. 186 ff.), daß verschiedene Umstände zusammenwirken mußten, ist sehr wahrscheinlich.

(1) Die Affatomie verlor mit den Volksrechten ihre familienrechtliche Struktur [56] und ging in der Folgezeit in den Vergabungen auf. [57] Sie erscheint fortan nicht mehr als selbständiges Rechtsgeschäft, so daß die Frage, ob sie sich in der Vergabung ganzer Vermögen wenigstens der Wirkung nach fortsetzte, [58] nachfolgend im Zusammenhang mit der weiteren Entwicklung der Vergabung behandelt werden kann.

(2) In der Vergabung kam nach der Zeit der Volksrechte der Gedanke einer Zuwendung auf den Todesfall stärker zur Geltung und führte zu einer allmählichen Umgestaltung des Geschäftes, ohne ihm jedoch den Charakter eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden zu nehmen.

(a) So wurde der gegenständliche Wirkungsbereich der Vergabungen erweitert. Während ursprünglich nur einzelne Grundstücke vergeben werden konnten, [59] begannen sich die Vergabungen auf Sachinbegriffe, Grundstücke wie Fahrnis, zu erstrecken, [60] und schließlich konnte sogar das ganze Vermögen vergeben werden. [61] Außerdem verschob sich die Wirkung der Vergabung stärker auf den Todesfall. Während nach älterem Recht der Bedachte das dingliche Recht sofort erwarb und nur die lebenslängliche Nutzungsbefugnis an den Tradenten zurückgegeben wurde, [62] wurden später Sachinbegriffe oder ganze Vermögen mit der Wirkung vergeben, daß der Bedachte zwar sofort eine Art Anwartschaft erwarb, daß ihm das Vermögen aber erst mit dem Tode des Vergebenden zufiel. [63] Der nächste Schritt bestand in der Einbeziehung künftigen Vermögens in die Vergabung [64] und, soweit es sich um Inventar und Pertinenzien handelte, in der Ausscheidung der im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft veräußerten und verbrauchten Gegenstände. [65]

---

56) Vgl. oben S. 13 f.
57) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 195 (S. 625 ff.); Hübner, Gierkes Untersuchungen 26, § 1 (S. 2 f.).
58) Vgl. Heusler, a.a.O.
59) Vgl. oben S. 16 mit Anm. 31.
60) Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 10 (S. 163 ff.); Heusler, Institutionen, Bd. II, § 195 (S. 628).
61) Heusler, a.a.O.; v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 75.
62) Vgl. oben S. 17.
63) v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 75.
64) Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 11 (S. 184 ff.).
65) Vgl. Beseler, a.a.O.

(b) Wenn hierin auch noch eher ein Wechsel der Anschauungen als eine materielle Beeinträchtigung der Rechte des Bedachten gelegen haben mag, so war mit der Lockerung des Unmittelbarkeitsprinzips doch die Grundlage geschaffen, diese Rechte auch materiell einzuschränken: Der Vergebende konnte etwa bei echter Not und nach vorherigem Auslösungsangebot an den Bedachten das vergebene Gut zu seinem Unterhalt verwenden, [66] oder die Vergabung beließ dem Vergebenden die Verfügungsgewalt über Fahrnis, die zusammen mit einem Grundstück vergeben wurde. [67] Ein weiterer und entscheidender Schritt wurde mit den im späten Mittelalter aufkommenden sogenannten Vergabungen mit Unterscheid getan: Der Vergebende behielt sich die freie Verfügung über das vergebene Gut, entweder durch Einzelverfügungen oder auch durch abweichende Verfügung im ganzen, also durch andere Vergabung, vor. [68] Damit wurde der Grundsatz einer unmittelbaren dinglichen Rechtsübertragung zu einem wesentlichen Teil aufgegeben. Aus der Vergabung einzelner Gegenstände war ein Vertrag über den Nachlaß geworden; [69] damit wurde neben der Vergabung in ihrer ursprünglichen Form als Einzelzuwendung [70] eine neue Form des Geschäftes ausgebildet.

Die Entwicklung fand schließlich ihren Abschluß darin, daß die Vergabung auch noch unter die Bedingung gestellt werden konnte, der Bedachte müsse den Vergebenden überleben. [71] Während vordem die Rechtsstellung des Bedachten auf seine Erben übergegangen war, wenn er vor dem Vergebenden verstarb, erhielt nun der Vergebende mit dem Tode des Bedachten seine Verfügungsfreiheit zurück.

---

66) Siegel, Erbrecht, § 39 (S.111 ff.).

67) Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 10 (S.167, 174 ff.).

68) Heusler, Institutionen, Bd. II, §§ 197 (S. 634 f.), 198 (S. 637); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, §§ 9 (S.148 ff.), 10 (S.191 ff.); v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 77; weitergehend Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 299 I (S.183).

69) Vgl. Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 10 (S.192).

70) Auch in dieser Form blieb sie in Übung, vgl. Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 299 IV (S.190 f.).

71) v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 77; Heusler, Institutionen, Bd. II, § 197 (S. 635).

(c) Bevor die Frage gestellt werden kann, ob dieser Entwicklung eine allmähliche Durchsetzung des Erbeinsetzungsgedankens zugrunde liegt, sollen noch die Behandlung der Schulden einer Person nach deren Tode und die Haftungsverhältnisse zwischen dem durch Vergabung Bedachten und den Gläubigern des Vergebenden skizziert werden. Hier läßt sich eine etwa parallellaufende Entwicklung beobachten:

Wie schon hervorgehoben wurde,[72] waren dem älteren deutschen Recht der Gedanke der Repräsentation durch den Vermögensnachfolger und damit auch eine Erbenhaftung für Erblasserschulden, wie sie unser heutiges Recht kennt, fremd. Dieser Grundsatz wurde später aufgegeben. Der Vermögensnachfolger haftete zunächst unter bestimmten Beschränkungen, etwa nur mit der erworbenen Fahrnis oder nur für solche Schulden, deren Gegenwert in das übernommene Vermögen gekommen war. Gegen Ende des Mittelalters setzte sich dann eine allgemeine Haftung durch. Der Nachfolger mußte, wenn auch nicht persönlich, so doch mit dem ganzen erworbenen Vermögen für die Schulden des Vorgängers einstehen.[73]

Ähnlich dieser für die personenrechtliche Nachfolge zu beobachtenden Wandlung der Anschauungen ging die Entwicklung der Schuldenhaftung bei der Vergabung. Solange der Grundsatz der sofort wirkenden Einzelübertragung vorherrschte,[74] haftete der Bedachte den Gläubigern des Vergebenden nicht.[75] In dem Maße jedoch, wie die Vergabung auf Sachinbegriffe und das ganze Vermögen erweitert wurde und sich ihre Wirkung auf den Todesfall verschob, nahm der Bedachte auch an der sich ausbil-

---

72) Vgl. oben Anm. 11 (S. 13).

73) Vgl. zu der Entwicklung der Erbenhaftung Heusler, Institutionen, Bd. II, § 176 (S. 540 ff., 554) mit Übersicht über Rechtsquellen und Literatur; ferner Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 285 (S. 49 ff.)

74) Dieser Grundsatz ist seinerseits mit aus dem Fehlen einer Erbenhaftung zu erklären, Siegel, Erbrecht, § 36 (S. 99 f.); v. Wyß, Z. Schweiz. R., Bd. 19, S. 69 f.

75) Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 9 (S. 150 f.); Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 229 II 5 (S. 184)

denden Haftung der kraft Stellung in Haus und Familie berufenen Nachfolger teil und ging schließlich, wenn ihm der ganze Nachlaß zugewendet war, den Gläubigern des Vergebenden nach, d.h., er mußte dessen Schulden aus dem Nachlaß bezahlen.[76]

(d) Sucht man in der geschilderten Entwicklung nach einem leitenden Prinzip, so scheint es, als habe sich hier allmählich der Erbeinsetzungsgedanke des römischen Rechts in einem dinglichen Rechtsgeschäft deutschen Rechtes durchgesetzt. Folgerichtig müßten dann die spätmittelalterlichen Verträge über den Nachlaß Erbeinsetzungsverträge, der Bedachte müßte echter Erbe, wenn auch mit deutschrechtlicher Erbenstellung, also insbesondere beispruchsberechtigt, sein.

Diese Auffassung wird auch vertreten,[77] überzeugt aber nicht. Der Erbeinsetzungsgedanke will nicht mit dem Beispruchsrecht der Haus- und Familienangehörigen harmonieren. Gerade das noch näher zu behandelnde[78] Festhalten am Beispruchsrecht zeigt, daß auch die Verfügung über den Nachlaß immer noch als lebzeitige Verfügung verstanden wurde. Als Korrektiv einer gewillkürten Erbfolge hätte ein Noterbrecht an die Stelle des Beispruchsrechts treten müssen.

So verdient die - wohl auch überwiegende - Auffassung den Vorzug, daß auch die spätmittelalterlichen Verträge über den Nachlaß noch Verfügungen unter Lebenden waren, wenn ihre Wirkung auch auf den Todesfall gestellt wurde.[79] Diese Auffassung hat zudem für sich, daß man sich bei allen Veränderungen der ursprünglich gegenständlich bezogenen und unmittelbar dinglich wirkenden Vergabung

---

76) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 199 unter 2, 3 (S. 639 ff.); Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 299 III, 6 (S. 188) (für Mobilienvergabungen).

77) Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 299 IV (S. 188 ff. (192)); ähnlich Siegel, Erbrecht, §§ 35 (S. 99), 37 (104 ff.).

78) Dazu unten unter 3 (S. 28 ff.).

79) So mit guten Gründen insbesondere Heusler, Institutionen, Bd. II, § 199 (S. 638 ff.); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 11 (S. 193 ff.).

der Formen des lebzeitigen Vermögensrechts bediente. Die Ausdehnung der Vergabung auf Sachinbegriffe und das ganze Vermögen läßt sich mit einer Erweiterung des Pertinenzbegriffes, mit der fortschreitenden Zusammenfassung einzelner Vermögensgegenstände nach ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung erklären. So wie durch die Auflassung eines Grundstücks zugleich auch das zugehörige Inventar übertragen wurde, konnten auch mehrere durch die Bewirtschaftung verbundene Grundstücke zusammen mit ihrem Inventar in einer Auflassung übertragen werden. Damit machte sich ein Denken in Wirtschaftseinheiten geltend, das dann folgerichtig auch auf die Vergabung von Fahrniskomplexen und schließlich auf die Vergabung ganzer Vermögen übergreifen mußte.[80]

Zur Unterstützung dieser Auffassung kann darauf hingewiesen werden, daß die Gegenstandsbezogenheit der Vergabung schon vorher ihre Kraft bewiesen hatte. Sie hatte sich gegen den Gedanken der personenrechtlichen Nachfolgeregelung durch Aufnahme in die Familie behauptet, als die Affatomie von der Vergabung abgelöst wurde.[81] Deshalb darf auch der Einfluß der Affatomie auf die späteren Vergabungen und ihre Entwicklung zu Verträgen über den Nachlaß nicht überschätzt werden.[82]

Der Gedanke der Übertragung von Wirtschaftseinheiten bot auch einen Ansatzpunkt für die Einbeziehung künftigen Vermögens in die Vergabung. Soweit Fahrnis als Pertinenz zusammen mit einem Grundstück übertragen wurde, konnten nur die im Zeitpunkt des endgültigen Erwerbs vorhandenen Fahrnisstücke auf den Bedachten übergehen, weil die Pertinenz durch die Bewirtschaftung des Grundstücks wechselte.[83] Auch wenn ein Immobilienkomplex vergeben wurde, ließ man schon sehr früh etwa

---

80) Dazu ausführlich Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 10 (S. 162 ff.).

81) Vgl. oben S. 21.

82) Heusler, Institutionen, Bd. II, §§ 195 (S. 625 ff.), 196 (S. 638), mißt diesem Einfluß zu große Bedeutung bei; auch er erkennt aber an, daß sich der Gedanke der personenrechtlichen Erbenberufung in der Vergabung nicht fortgesetzt hat.

83) Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 10 (S. 174 f.).

noch hinzukommende Grundstücke gleich mit auf.[84] Damit war für die später allgemein übliche Erstreckung auf künftiges Vermögen schon der Grund gelegt. Auch diese Erstreckung wurde nicht als Folge einer vertraglichen Erbeinsetzung sondern als vorweggenommene lebzeitige Übertragung des Vermögens aufgefaßt.[85]

Auch die Vergabungen mit Widerrufsvorbehalt fügen sich diesem Bilde ein. Darin lag eine Wiederaufnahme oder Fortführung der Übung älteren Rechts, das Vermögen zunächst auf einen Salmann zu übertragen und der Zuwendung auf diese Weise trotz Wahrung der dinglichen Rechtsform ihre Endgültigkeit zu nehmen.[86] Die Vergabung unter Widerrufsvorbehalt stellte, wie Beseler mit Recht hervorhebt,[87] den Bedachten schlechter als jemanden, der kraft Stellung in der Familie zur Nachfolge berufen war. Dieser hatte sein Beispruchsrecht, während der Bedachte im Rahmen des Vorbehalts vom Willen des Vergebenden abhängig war.[88] Als "Erbeinsetzungsvertrag" hätte die Vergabung dem Bedachten also nur eine "Erbenstellung" minderer Qualität verschaffen können.

Zudem wurden Verträge über den Nachlaß auch weiterhin häufig ohne oder nur mit beschränktem Widerrufsvorbehalt geschlossen. In diesen Geschäften trat die Gegenstandsbezogenheit immer noch deutlich hervor. Durch unwiderrufliche Vergabung erwarb der Bedachte nach wie vor ein unentziehbares Recht.[89] Häufig wurde

---

84) Beseler, a.a.O., (S. 173 f.).

85) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 199 (S.641); Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 11 (S.185).

86) Vgl. oben S. 15 f.

87) Erbverträge, 1. Teil, § 11 (S. 193).

88) Vgl. Heuser, Institutionen, Bd. II, § 199 (S. 640 f.); Beseler,Erbverträge, 1. Teil, § 11 (S. 194 ff.); beide berufen sich übereinstimmend auf ein bei Böhme, Dipl.Beiträge VI, S. 151 f. zitiertes Magdeburger Schöffenurteil.

89) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 197 (S. 634)

auch der Widerrufsvorbehalt auf einzelen Gegenstände des vergebenen Vermögens beschränkt,[90] eine mit dem Gedanken einer echten Erbeinsetzung unvereinbare Abrede.

Die Notwendigkeit einer besonderen Bedingung, der Bedachte müsse den Vergebenden überleben, um den Übergang der Anwartschaft des Bedachten auf seine Vermögensnachfolger auszuschließen, bestätigt ebenfalls das Festhalten an der Vorstellung einer dinglichen Rechtsübertragung. Solange sich der Gedanke behauptete, daß der Bedachte ein sofort wirksames Recht an dem vergebenen Vermögen erwarb, mußte der Übergang auf Nachfolger des Bedachten durch eine besondere Bedingung ausgeschlossen werden.[91]

Schließlich fügt sich sogar die auf den Nachlaß beschränkte Haftung des Bedachten für die Schulden des Vergebenden der Vorstellung von einer lebzeitig-dinglichen Wirkung der Vergabung ein. Die Schulden des Vergebenden wurden als Bestandteil des übertragenen Vermögens behandelt. Damit wurden sie in die Vergabung einbezogen und gingen zusammen mit dem Nachlaß auf den Bedachten über.[92]

Trotz aller Modifikationen sind also die Verträge über den Nachlaß lebzeitige Vermögenszuwendungen geblieben. Das deutsche Recht hat vor Rezeption des römischen Rechts eine gewillkürte Erbfolge nicht ausgebildet. Es mag Ansätze dazu gegeben haben, wenn schon eine Berührung mit dem römischen Recht stattgefunden hatte. Daraus läßt sich vielleicht die Stelle lex Roth. tit. 173 erklären. Die dort zitierte Formel: "lid in laib", die verschieden ausgelegt wird,[93] dürfte des besonderen Einflusses wegen, den das römische Recht auf das langobardische Recht ausgeübt hat,

---

90) Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 299 IV 3 (S. 191).

91) So richtig Heusler, Institutionen, Bd. II, § 197 (S. 634 f.).

92) Heusler, Institutionen, Bd. II, § 199 (S. 641 f.).

93) v. Amira, Grundriß, § 55 (S. 177, Anm. 11), übersetzt sie mit: gehe ein in den Nachlaß; ebenso Schröbler, Glossar in: Beyerle, Gesetze der Langobarden; anders Beseler, Erbverträge, 1. Teil, § 8 Anm. 28 (S. 119).
Nach Pappenheim, Gierkes Unters. 14, S. 47ff, bezieht sich die Formel auf den Umfang der Vermögensübertragung. Sie soll besagen, daß nicht nur ein Teil, sondern das ganze Vermögen übertragen wird.

als eine Art Erbeinsetzung verstanden werden können. Vielleicht liegt aber auch nur eine Verwechslung des Erbeinsetzungsgedankens römischen Rechts mit der Geschlechtsleite des älteren deutschen Rechts vor, [93a] oder die Formel enthält schlicht den Vorbehalt abweichender Verfügungen des Vergebenden. In seinem Kern ist jedenfalls auch das langobardische Thinx Rechtsgeschäft unter Lebenden geblieben.[94]

Über Ansätze zur Ausbildung einer gewillkürten Erbfolge hat die gelegentliche Berührung mit dem römischen Recht vor der Rezeption sicher nicht hinausgeführt. Zum Beweise dafür kann darauf hingewiesen werden, daß erst längere Zeit nach der Rezeption gewillkürte Erbfolge und Verfügungen von Todes wegen allgemein zur Geltung kamen.[95]

(3) Der Verzicht der Beispruchsberechtigten auf ihre Rechte am Hausvermögen entwickelte sich bis zum späten Mittelalter in ähnlicher Weise wie die Vergabung. Der Gedanke einer Beteiligung der Haus- und Familienangehörigen am Hausvermögen paßte sich den veränderten Verhältnissen, den Bedürfnissen eines freieren Rechtsverkehrs an und wurde deshalb mit der Zeit abgeschwächt. In dem Maße, wie das Beispruchsrecht entwertet wurde, büßte natürlich auch der Verzicht darauf an Bedeutung ein. Soweit das Beispruchsrecht erhalten blieb, wurde es jedoch nach wie vor [96] als dingliches, gegenständlich bezogenes Recht aufgefaßt. Die Vorstellung von einer dinglichen Beteiligung des Beispruchsberechtigten behauptete sich in der weiteren Entwicklung ebenso wie die Gegenstandsbezogenheit der Vergabung.[97] Das Beispruchsrecht entwickelte sich weder zum Noterbrecht noch zum Pflichtteilsrecht, sondern wurde von ihnen erst nach dem Eindringen des römischen Rechts abgelöst. [98] Darauf wird noch einzugehen sein.[99]

93a) vgl. Pappenheim a.a.O., insbes. S. 65 ff, 75 f; er kommt zu dem Ergebnis, das Garethinx habe seinen eigenständigen (familienrechtlichen) Charakter gegenüber dem Einfluß des römischen Erbrechts im wesentlichen behaupten können.

94) Eingehend Beseler, Erbverträge, 1. Teil, S. 8 (S. 108 ff.).

95) Dazu unten unter III (S. 30 ff.).

96) Vgl. oben zu I 2 c (S. 18 f.)

97) Vgl. oben zu II 2 (S. 21 f.).

98) Siegel, Erbrecht, § 37 (S. 107 f.).

99) Vgl. unten zu III (S. 30 ff.).

Die Entwicklung des Beispruchsrechts bis zur Rezeption des römischen Rechts im einzelnen ist schwer überschaubar. Folgende Beispiele für die Abschwächung des Rechts seien hervorgehoben:

Die spätmittelalterlichen Verträge über den Nachlaß konnten auch ohne Beispruch geschlossen werden. Die Berechtigten hatten nur ein Widerspruchsrecht, das sie binnen Jahr und Tag geltend machen mußten. Nach Ablauf dieser Frist konnten sie die Vergabung nicht mehr anfechten. Um den Beispruchsberechtigten die Ausführung ihrer Rechte zu erleichtern, mußten die Verträge öffentlich aufgeboten werden.[100] Hier konnte also das Beispruchsrecht durch eine Art Verschweigung verlorengehen.
In der Schweiz wurde mancherorts das Beispruchsrecht durch ein materielles Prüfungsrecht der Obrigkeit ersetzt. Vergabungen mußten vor dem Rat errichtet werden. Dieser entschied darüber, ob die Vergabung im Interesse der gesetzlichen Erben gelten dürfe.[101] Auch darin zeigt sich, daß man im Grundsatz an dem Gedanken der dinglichen Berechtigung des Erben festhielt. Man suchte nach besonderen Formen der Anpassung an die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und vertraute deshalb den Schutz der Beispruchsberechtigten dem Rate an.[102]

Stellenweise wurde das Beispruchsrecht bis zu einem Vorkaufsrecht mit gesetzlichem Preis oder sogar bis zu einem bloßen Einstands- oder Retraktrecht abgeschwächt.[103]

Schließlich wurde das Beispruchsrecht allgemein dadurch entwertet, daß von dem Hausgut, welches den Beispruchsberechtigten verfallen war, das wohlgewonnene, d.h. vom Verfügungsberechtigten selbst erworbene Gut geschieden und seiner freien Verfügungsgewalt unterstellt wurde.[104]

---

100) Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 299 II3 (S. 182) und IV 2 (S. 190 f.).
101) v. Wyß, Z. Schweiz.R., Bd. 19, S. 76.
102) Vgl. v. Wyß, a.a.O.
103) v. Amira, Grundriß, § 62 (S. 197).
104) Vgl. v. Amira, a.a.O.; Heusler, Institutionen, Bd. II, § 89 (S. 58).

Obwohl diese Entwertung des Beispruchsrechts auch die Bedeutung des Verzichts der Berechtigten minderte, verschwand doch der Verzicht nicht aus dem Rechtsleben. Er erhielt sich jedenfalls in gewissen Kreisen, wie z.B. im Adel. Dort diente er hauptsächlich dazu, den Familienbesitz - etwa durch Ausschluß der Töchter von der Vermögensnachfolge - ungeteilt in einer Hand zu vereinigen, [105] um der Familie politischen Einfluß zu gewinnen oder zu erhalten.

Wie die Vergabung wurde auch der Verzicht geändert. Der Beispruchsberechtigte konnte auf seine Rechte am Nachlaß, also auch auf künftiges Vermögen, verzichten. Trotzdem blieb auch der Verzicht gegenstandsbezogen. Noch im späten Mittelalter behielt er die Form einer dinglichen Rechtsübertragung. Der Beispruchsberechtigte übertrug sein Anwartschaftsrecht entweder auf den Verfügungsberechtigten, der sodann frei verfügen konnte, oder gelegentlich einer Verfügung direkt auf den Erwerber. [106] Der Verzicht auf den Nachlaß war also auch zu dieser Zeit noch von dem Gedanken beherrscht, daß dem Beispruchsberechtigten dingliche Rechte am Hausvermögen zustanden, die er nur durch Verfügung unter Lebenden aufgeben und allenfalls noch durch Verschweigung verlieren konnte. [107]

III. Die Durchsetzung der Testierfreiheit: Erbeinsetzungsvertrag und Verzicht auf das Erbrecht

In der nächsten und letzten Entwicklungsstufe endlich wurde die Auffassung von Vergabung und Verzicht auf das Wartrecht sowohl in paralleler Entwicklung zum römischen Recht wie unter dessen Einfluß entscheidend verändert. Während in der bisherigen Entwicklung die historische und dogmatische Kontinuität gewahrt worden war, verschafften sich nun neue und fremde Rechtsvorstellungen Geltung, die zu einem grundsätzlichen Bruch mit der bisherigen dogmatischen Auffassung der

105) Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 I (S. 348).
106) Beseler, Erbverträge, 2. Teil, Bd. II, § 24 (S. 224).
107) Vgl. oben S. 29.

Geschäfte und in der Konsequenz dann auch zu einer Änderung ihrer Struktur führen mußten.

Der tragende Grundsatz der Vermögensnachfolge des deutschen Rechts war die Bindung des Vermögens in Haus und Familie gewesen. Nun setzten sich die Erbfolge römischen Rechts, die Verfügungsfreiheit unter Lebenden und von Todes wegen und damit auch die gewillkürte Erbfolge durch und lösten die früher von der dinglichen Rechtsstellung her begriffene Bindung des Vermögens in der Familie ab. Das früher lebzeitig dinglich aufgefaßte Rechtsverhältnis zwischen dem Verfügungsberechtigten, den Beispruchsberechtigten und evtl. den durch Vergabung Bedachten wurde durch ein spezifisch erbrechtliches Verhältnis ersetzt. Der Vergabung und dem Verzicht der Beispruchsberechtigten fehlte deshalb fortan das eigentliche Substrat. Die vertragliche Bindung konnte nur noch die Erbfolgeregelung ergreifen, aber Verfügungen unter Lebenden nicht mehr hindern.

Dennoch behauptete sich der Vertrag als Institut der Nachfolgeregelung gegen den Einfluß des ihn ablehnenden römischen Rechts und wurde in das Erbrecht übernommen. Die Abschwächung seiner Gegenstandsbezogenheit und der Unmittelbarkeit seiner Wirkungen vor der Rezeption mochte ihn in seiner praktischen Wirkung immerhin schon so weit der Erbeinsetzung oder Enterbung römischen Rechts angenähert haben, daß man trotz der tiefgreifenden Veränderung des Erbrechts an ihm festhalten zu können glaubte. Zudem gab es auch nach der Rezeption Formen bindender Erbfolgeregelung, etwa durch Hausgesetz oder Fideikommiß, die für erbrechtliche Verträge als Vorbilder dienen konnten. Allein es wurde doch nur ein äußerlicher, formaler Zusammenhang zu den Vergabungen und Verzichten deutschen Rechts gewahrt. Die Vertragsform blieb zwar erhalten, aber der neue erbrechtliche Vertrag hatte sich von seiner alten historischen und dogmatischen Grundlage gelöst.

Wie sich der Übergang zum erbrechtlichen Vertrag im einzelnen vollzog, kann hier nicht behandelt werden und ist auch noch keineswegs völlig geklärt. Anfangs- und Endpunkt der Umwandlung sind mit den Verträgen über den Nachlaß des späten Mittelalters und den heutigen erbrechtlichen Verträgen fixiert. Gewiß bereitete die Eingliederung des Vertrages in das neue Erbrecht große Schwierigkeiten. Auch als sich die Testierfreiheit unter na-

turrechtlichem Einfluß[108] endgültig durchgesetzt hatte, fand der erbrechtliche Vertrag seinen systematischen Standort nicht. Sofern er nicht unter dem Einfluß des römischen Rechts insgesamt verworfen oder den Testamenten gleichgestellt wurde, wollte man ihm jedenfalls keine echte erbrechtliche Wirkung zusprechen. Die Auffassungen reichten von einer aufschiebend bedingten aber doch endgültigen dinglichen Wirkung bis zur Begründung bloßer obligatorischer Ansprüche.[109] Noch in der Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts hatte sich keine allgemeine und folgerichtige Vorstellung von Erbvertrag und Erbverzicht durchgesetzt, wenn auch inzwischen der Gedanke einer echten erbrechtlichen Wirkung der Geschäfte mit den Begriffen des Beerbungs- und Enterbungsvertrages in die Diskussion eingeführt worden war.[110] Dafür sollen abschließend noch einige Beispiele gegeben werden:

In seiner Abhandlung über die Erbverträge behauptete Beseler,[111] diese Verträge hätten mit den Vergabungen nichts zu tun. Die Vergabungen seien, da regelmäßig unter Widerrufsvorbehalt geschlossen, durch die letztwilligen Verfügungen ersetzt worden. Die Erbverträge beruhten deshalb letztlich "auf der Meinung der gelehrten Juristen", die hier ein Institut aus Einzelfällen verallgemeinert hätten.[112]

Fragt man, warum Beseler die historischen Zusammenhänge so entschieden leugnet, so kann nur folgende Erklärung gegeben werden: Beseler wollte den Erbvertrag als echtes erbrechtliches Institut aufgefaßt, d.h., als Akt vertragsmäßiger Erbeinsetzung verstanden wissen, erkannte aber, daß der Erbvertrag seiner Vertragsform wegen im lebzeitigen Vermögensrecht verhaftet war. Diesen dogmatischen Widerspruch suchte er durch Preisgabe des historischen Zusammenhanges mit den Vergabungen zu lösen.

---

108) Vgl. Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht, § 1, RZ 4, 14, 15 m. Nachw.

109) Vgl. die ausführliche Übersicht bei Koch, Erbrecht, § 71 (S. 749 ff.), § 74 II (S. 790 f.), sowie Hasse, Rhein. Mus., 2. Jg., S. 191 ff. (§ 3 unter 16, 17, 18), S. 199 ff. (§ 4).

110) Zuerst von Hasse, a.a.O., S. 150 ff. (§ 1), S. 199 ff. (§ 4).

111) Die Lehre von den Erbverträgen, 1. und 2. Teil, 1835 - 1840.

112) a.a.O., 2. Teil, Bd. I, S. 198 ff. (203).

Einen anderen Weg zur Eingliederung der Erbrechtsverträge ging Hartmann.[113] Auch er leugnete den historischen Zusammenhang des Erbvertrages mit den Vergabungen,[114] griff aber gleichzeitig den Gedanken der vertragsmäßigen Erbeinsetzung auf dogmatischer Grundlage an: Für Hartmann barg dieser Begriff einen dogmatischen Widerspruch, weil er in der vertraglichen Erbeinsetzung so gegensätzliche Elemente wie vertragliche Bindung und Ausübung der Testierfreiheit verbunden fand.[115] [116] Diesen Widerspruch suchte Hartmann dadurch aufzulösen, daß er den Erbvertrag in zwei Rechtsgeschäfte mit gesonderter Wirkung trennte, in die - einseitige - Erbeinsetzung und den - vertragsmäßigen -Widerrufsverzicht.[117] Nur so sollte der Erbvertrag Institut des Erbrechts bleiben können.

Eine wiederum andere Erklärung des Erbvertrages gab Koch:[118] Der Erbvertrag gehöre dem Personenrecht an und begründe zwischen den Vertragsschließenden eine zu den Statusverhältnissen zu zählende Bindung. Die eigentliche Beerbung trete dann wie nach einem Rechte ein, das nur die gesetzliche Erbfolge kenne. Nach Koch sollte also die Unwiderruflichkeit der Erbfolgeregelung ihren Grund nicht im Erbrecht oder lebzeitigen Vermögensrecht finden, sondern im Familienrecht, im Grunde ein (vielleicht unbewußter) Rückgriff auf Vorstellungen, wie sie der Affatomie zugrunde gelegen hatten.

Die hier hervortretende Unsicherheit in der dogmatischen Behandlung wird durch zahlreiche weitere Streitfragen bestätigt, die der Erbvertrag sowohl nach gemeinem Recht als auch nach den Partikularrechten aufwarf. So wurde beispielsweise für den Erbvertrag des Preußischen Allgemeinen Landrechts behauptet, es handele sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und gleichzeitig eine Verordnung von Todes wegen, oder, er sei letztwillige

113) Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860.
114) a.a.O., S. 18 f.
115) a.a.O., S. 2 f.
116) Darauf hatten vorher schon Walter, Privatrecht, § 425 (S. 483), und Kraus, ZDR 13, S. 134 ff., hingewiesen.
117) a.a.O. S. 50 ff.
118) Erbrecht, § 72 (S. 772).

Verfügung, oder auch, er sei zwar Geschäft von Todes wegen, aber nicht letztwillige Verfügung. [119]

Besondere Schwierigkeiten bereitete die dogmatische Bewältigung des sogenannten partikulären Erbvertrages. Zwar wurde schon die später auch die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmende Auffassung vertreten, es handele sich um einen Vermächtnisvertrag, nämlich um die unwiderrufliche Aussetzung eines Damnationslegats.[120] Aber zahlreiche abweichende Auffassungen spiegeln doch die verbreitete Unsicherheit in der Beurteilung des partikularen Erbvertrages und seines Verhältnisses zum römischen Recht wider:

So wurde er, offenbar in Anlehnung an die Vergabung, als Zuwendung einer bestimmten Sache aufgefaßt. Der Bedachte sollte ein sofort wirksames dingliches Recht auf die Sache erwerben.[121]

Oder dem Erbvertrag wurde nur obligatorische Wirkung zugeschrieben. Der Erblasser sollte eine Obligation übernehmen, deren Erfüllung "auf die Erben gestellt" sei.[122]

Dernburg [123] schließlich vertrat den im Ergebnis ähnlichen Standpunkt, es werde zwar ein Vermächtnis zugewendet, der Erblasser mache sich aber wegen Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig, wenn er den Anspruch des Bedachten vereitele. Dernburg erkannte also dem Vermächtnisvertrag die Schutzwirkung eines Vertrages unter Lebenden zu.

Auch die dogmatische Behandlung des Erbverzichtsvertrages war umstritten. Die Diskussion wurde im wesentlichen über die drei Fragen geführt, ob der Erbverzicht ein Rechtsgeschäft unter Lebenden

---

119) Vgl. die Übersicht bei Förster-Eccius, Privatrecht, Bd. IV, § 247 vor I mit Anm. 10 (S. 295), und Koch, Erbrecht, § 72 (S. 765 f.).

120) Förster-Eccius, a. a. O., § 247 V I (S. 305).

121) Eichhorn, Privatrecht, § 344c (S. 827 f.); Kreittmayr, Bayr. Landrecht, Bd. III, 11. Kapitel, § 1, Anm. 6a.

122) Vgl. Koch, Erbrecht, § 76 (S. 823).

123) Preußisches Privatrecht, Bd. III, § 179 (S. 521).

oder von Todes wegen sei,[124] welchen Gegenstand er habe, und wer in dem Erbverzicht verfüge.

Besonders die zweite Frage erfuhr zahlreiche Deutungen: der Verzicht sollte auf den Nachlaß, die Beerbung oder das Erbrecht gerichtet sein, oder der Erbe sollte sogar durch den Verzicht nur verpflichtet werden, sich der Erbschaft zu entschlagen.[125] Damit hängt die dritte Frage zusammen, wer im Erbverzicht verfügt. Erst bei der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches glaubte man sie zugunsten des Erben entscheiden zu können (§ 2346 BGB, vgl. dazu unter S. 199 ff). Noch der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch hatte den Erbverzicht als Erbfolgeregelung durch den Erblasser unter Zustimmung des Erben behandelt.[126]

Vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches gelang es also nicht, die deutschrechtlichen und die römischrechtlichen Elemente in den Erbrechtsverträgen zu harmonisieren.[127] Deshalb konnte sich auch keine sichere dogmatische Auffassung bilden, auf der die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches hätte aufbauen können. Das gilt es für die folgende dogmatische Untersuchung der Erbrechtsverträge auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches festzuhalten.

Es wird gezeigt werden, wie die historisch bedingten dogmatischen Unklarheiten auch heute noch fortwirken. Denn weder die - auch nicht durchweg für richtig gehaltene[128] - Übernahme der Erbrechtsverträge in das Bürgerliche Gesetzbuch noch ihre dogmatische Behandlung seither haben zu einer in jeder Hinsicht befriedigenden dogmatischen Anschauung geführt.

---

124) Beseler, Erbverträge, 2. Teil, Bd. II, § 25 I (S. 241) einerseits, Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. III, § 180 II 1 (S. 522) andererseits.

125) Vgl. Beseler, Erbverträge, 2. Teil, Bd. II, § 24 (S. 230); Koch, Erbrecht, § 82 II (S. 864 f.); Hartmann, Erbverträge, S. 2; Hasse, Rheinisches Museum, 2. Jg., S. 150.

126) Mot. V, S. 471; zu der praktischen Bedeutung des Unterschiedes siehe Staudinger-Ferid, Vorbem. 40 vor § 2346.

127) Die Notwendigkeit wurde erkannt, vgl. schon Hasse, Rhein. Mus., 2. Jg., S. 207 ff. (§ 4 unter 8).

128) Ubbelohde, AcP 75, S. 54; Petersen, Heft 16 der Beitr. z. Erläuterung des Entwurfs eines BGB. S. 72 ff (S. 75).

Gerade die Problematik, die aus der Verbindung erbrechtlicher Verträge mit Verkehrsgeschäften erwächst, bietet dafür ein Beispiel.

3. Kapitel : Die möglichen Wirkungsweisen der gegenseitigen Abhängigkeit von Rechtsgeschäften

Bevor die Bedeutung des Typenzwanges und der angeblichen Abstraktheit der Erbrechtsverträge für die rechtliche Verbindung mit Verkehrsgeschäften näher untersucht wird, soll kurz skizziert werden, in welcher Weise die jedenfalls für den Erbverzicht allgemein als notwendig erachtete [1] Verbindung von dem Typenzwang einerseits und der Abstraktheit andererseits betroffen werden kann. Unter diesen Gesichtspunkten lassen sich die oben [2] wiedergegebenen Vorschläge zur Herstellung einer rechtlichen Abhängigkeit in drei Gruppen gliedern.

1) Bei der ersten Gruppe handelt es sich darum, daß Erbrechtsvertrag und Verkehrsgeschäft als (engere oder weitere) Einheit aufgefaßt werden mit der Folge, daß das erbrechtliche Geschäft bei Mängeln des Verkehrsgeschäfts entweder ipsa lege entfällt oder doch durch Ausübung eines Gestaltungsrechts von dem Erblasser oder dem Verzichtenden beseitigt werden kann. Im letzteren Sinne hat das Gesetz beim Erbvertrage als spezifisch erbrechtliche Behelfe die Anfechtung (§ 2281 BGB) und den Rücktritt des Erblassers (§§2294/5 BGB) vorgesehen, aber nur unter sehr speziellen Voraussetzungen. Eine vergleichbare Regelung für den Erbverzicht fehlt gänzlich. [3] (Die Möglichkeit einverständlicher Aufhebung beider Verträge, §§ 2290, 2351 BGB, kann hier außer Betracht bleiben.)

---

1) Der Erbrechtsausschuß der Akademie für deutsches Recht hatte vorgeschlagen, dem Verzichtenden ein (erbrechtliches) Rücktrittsrecht zuzubilligen, vgl. Lange (Kaempff), 4. Denkschrift AkDR, S. 13 f.

2) Vgl. die Übersicht ob. S. 4 ff.

3) sie sollte nach Vorschlag des Erbrechtsausschusses geschaffen werden, vgl. Anm. 1

Will man in den Hiernach nicht geregelten Fällen den Zusammenhang zwischen Erbrechtsvertrag und Verkehrsgeschäft zur Geltung bringen, - durch die Annahme einer stillschweigenden Bedingtheit, durch Zulassung des Rücktritts vom Erbrechtsvertrag wegen Wegfalles der Geschäftsgrundlage oder gar, bei einer Verschmelzung des Erbrechtsgeschäftes mit dem Verkehrsgeschäft, des Rücktritts nach §§ 325, 326 BGB - so muß man sich mit dem Typenzwang der erbrechtlichen Institutionen auseinandersetzen. Dieser Typenzwang ist es, der eine etwaige Veränderung der Erbrechtsverträge bei deren rechtlicher Zusammenfassung mit Verkehrsgeschäften problematisch erscheinen läßt (dazu im folgenden Kap. 4-6).[4)]

2) Ein in systematischer Hinsicht grundsätzlich anderer Weg wird beschritten mit der Zulassung der Kondiktion einer vertraglich begründeten erbrechtlichen Bindung:
Das Verkehrsgeschäft wird als Rechtsgrund der durch das erbrechtliche Geschäft herbeigeführten Rechtsänderung behandelt. Bei diesem Verhältnis zwischen Erbrechtsvertrag und Verkehrsgeschäft bleibt der Bestand der erbrechtlichen Bindung von der Unwirksamkeit oder dem Wegfall des Verkehrsgeschäfts zunächst unberührt. Die Bindung kann auch nicht durch einseitige Ausübung eines Gestaltungsrechts beseitigt werden. Die Kondiktion könnte nur auf einverständliche Rückgängigmachung gerichtet sein.

Für diesen Weg stellt sich die angebliche Abstraktheit der Erbrechtsverträge als entscheidendes Problem. Ihr kommt aber in anderem (nämlich umgekehrten) Sinne Bedeutung zu als dem Typenzwang für die direkte Verbindung von Erbrechtsverträgen und Verkehrsgeschäften:

Der Typenzwang läßt gerade eine direkte Verbindung problematisch erscheinen (vgl. ob. 1 a.E.). Dagegen würde die Abstraktheit der Erbrechtsverträge zwingend die Zulassung der Kondiktion und damit eine Verbindung von erbrechtlichem Vertrage und Verkehrsgeschäft als des-

---

4) S. 39, 50, 59.

sen Rechtsgrund verlangen. In Kapiteln 7-9 [5] wird näher dargelegt werden, daß Abstraktheit und Kondiktion korreferierende Begriffe sind: kein abstraktes Geschäft ohne Kondiktionsmöglichkeit, aber auch keine Kondiktion nicht abstrakter Geschäfte. Nachdem in Kap. 7 - 9 die entscheidende Bedeutung der Frage nach der Abstraktheit der Erbrechtsverträge dargetan ist, soll in den Kapiteln 11 und 12 [6] der Nachweis unternommen werden, daß die Erbrechtsverträge nicht abstrakt sind, und daß damit auch die Möglichkeit der Kondiktion dahinfällt.

3) Eine Sonderstellung nimmt schließlich die rechtliche Verbindung der Erbrechtsverträge mit Verkehrsgeschäften mit Hilfe des § 139 BGB ein. Ihrer Wirkung nach gehört sie zu der ersten Gruppe, bei der die Verbindung wegen des Typenzwanges problematisch erscheint; denn auch § 139 BGB soll es ermöglichen, Erbrechtsvertrag und Verkehrsgeschäft zu einer Einheit zusammenzufassen. Aber die Anwendbarkeit der Vorschrift hängt nicht nur von dem Typenzwang der Erbrechtsverträge ab, sondern auch von deren Abstraktheit. Es wird dargelegt werden, daß sie als abstrakte Geschäfte die Verbindung mit einem Verkehrsgeschäft über § 139 BGB nicht dulden (dazu Kapitel 10). [7] Daneben stellt sich aber die weitere Frage, ob § 139 BGB mit dem spezifisch erbrechtlichen Typenzwang für die Formen wechselseitiger Abhängigkeit von Verfügungen von Todes wegen (§§ 2085, 2270, 2298 BGB) und für die erbrechtlichen Gestaltungsrechte (§§ 2281, 2294/5 BGB) vereinbar ist (dazu Kapitel 14)[8].

5) u, S. 65, 70, 76.
6) u. S. 90, 99.
7) u. S. 87.
8) u. S. 139.

B. TYPENZWANG und ABSTRAKTHEIT bei ERBRECHTLICHEN VERTRÄGEN

I. Die Bedeutung des Typenzwanges der Erbrechtsverträge für die Möglichkeiten ihrer Verbindung mit Verkehrsgeschäften

4. Kapitel: Die rechtliche Verbindung von Erbrechts- und Verkehrsgeschäften als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über Verkehrsgeschäfte

1. Erbrechtlicher Typenzwang und schuldrechtliche Vertragsfreiheit

Die Vorschläge, die eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Erbrechtsvertrag (Erbvertrag oder Erbverzicht) und dem Verkehrsgeschäft herstellen wollten, [1] haben zur Voraussetzung, daß Vorschriften des Allgemeinen Teils oder des Schuldrechts in gleicher Weise auf Verkehrsgeschäft und Erbrechtsvertrag anwendbar sind.

Die Vorschriften des Allgemeinen Teils gelten grundsätzlich, d.h. soweit nicht das Erbrecht eine Sonderregelung trifft, auch im Erbrecht. Das wird sich vor allem als wesentlich für die Zulässigkeit von Bedingungen erweisen.

Daneben wird aber auch die Anwendbarkeit für Schuldverträge geltender Regeln, nämlich der Vorschriften über synallagmatische Verträge oder der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, voraus-

1) Vgl. das vorige Kapitel zu (1), S. 36.

gesetzt. Ein Ansatzpunkt, auch diese Vorschriften ins Spiel zu bringen, wäre dann gegeben, wenn die Parteien Schuldrechtsgeschäft und Erbrechtsvertrag zu einem Ganzen verbinden können. Ist das möglich, so darf angenommen werden, daß das Gesamtgeschäft der Anwendung aller Rechtsnormen zugänglich ist, denen jedes für sich selbständig denkbare Element des Gesamtgeschäftes unterfallen würde. Dann hätte die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts die des erbrechtlichen zur Folge.
Fehlt es demgegenüber an der Möglichkeit einer Zusammenfassung und bleibt der Erbrechtsvertrag selbständig, so wird er dem Anwendungsbereich der Vorschriften über Schuldverträge entzogen sein. Insbesondere werden dann, wie später näher dargestellt werden soll, die schuldrechtlichen Rücktrittsvorschriften, vor allem der Rücktritt kraft Gesetzes auf Grund der §§325, 326 BGB, und die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auf den Erbrechtsvertrag nicht anwendbar sein.

Die Frage, ob eine Verschmelzung möglich ist, betrifft die Bedeutung des Typenzwanges für die Erbrechtsverträge. Der erbrechtliche Typenzwang soll im folgenden näher behandelt werden. Denn ihm ist bisher nur wenig Beachtung geschenkt worden, und auch heute noch nimmt man häufiger an, daß die Erbrechtsverträge von der Vertragsfreiheit beherrscht werden.

Im schuldrechtlichen Bereich ist unter der Herrschaft der Vertragsfreiheit nicht nur eine weitgehende Ausgestaltung der einzelnen vom Gesetz geregelten Vertragstypen durch die Vertragsbeteiligten möglich, sondern diese sind überhaupt nicht gehalten, sich der im Gesetz geregelten Vertragstypen zu bedienen.[2] So konnten ganz neue, dem Bürgerlichen Gesetzbuch als Typus unbekannte Verträge entstehen. Als Beispiel sei hier der Energielieferungsvertrag erwähnt.

---

2) Vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, Vorbem. 14 ff. vor § 305; Esser, Schuldrecht, § 17 (S. 55 ff.).

Solche Verträge werden durch die Vertragsfreiheit nach § 305 BGB ebenso sanktioniert wie etwa ein Kaufvertrag oder Werkvertrag und lassen ebenso wie diese ein Schuldverhältnis entstehen, auf welches die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts Anwendung finden. § 305 BGB beherrscht das ganze Schuldrecht. Auf ihm beruht im Grund jegliche vertragliche Leistungsverpflichtung. Wenn auch die Leistungsgebote für jeden einzelnen gesetzlich geregelten Vertragstypus wiederholt werden, so etwa in den §§ 433, 535 BGB, kommt diesen Bestimmungen doch lediglich eine definitorische Aufgabe in dem Sinne zu, daß der Anwendungsbereich spezieller Normen für einen bebestimmten Vertragstypus abgegrenzt wird.[3] Deshalb können einzelne Vertragstypen auch beliebig mit einander kombiniert werden. So wie man in der Ausgestaltung bestehender und der Schaffung neuer Schuldverhältnisse frei ist, kann man auch die Spezialnormen unterworfenen Typen untereinander oder mit neuen, die sich außerhalb des gesetzlichen Typenkreises entwickelt haben, verbinden. Eine derartige Verbindung führt zu einem rechtlich vollkommen verschmolzenen, einheitlich zu behandelnden neuen Rechtsgeschäft. Es unterliegt zunächst den Regeln, die für alle Schuldverhältnisse gelten. Daneben können auch Bestimmungen anwendbar sein, die das besondere Schuldrecht für einzelne Vertragstypen trifft. Wenn nämlich das neue Rechtsgeschäft einem im Gesetz geregelten Geschäftstypus so nahe kommt, daß die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben sind, wird man ganz oder teilweise auf die gesetzliche Regelung dieses Geschäftstypus zurückgreifen müssen.[4]

Über das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Typenzwang ist folgendes zu sagen:

Jeder Typus besteht aus einer Mehrheit einzelner Elemente, deren Kombination erst den Typus ergibt. Gesetzlicher Typenzwang bedeutet daher die bindende Bestimmung der für einen bestimmten Typus konstituierenden Elemente. Da nun, wie überall, auch im Bereich der Rechtsgeschäfte zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu unterscheiden ist, so bedeutet der Typenzwang zunächst die bindende Kombination der Elemente Tatbe-

3) Larenz, Methodenlehre, S. 161 ff.

4) Soergel,- Siebert -Schmidt, Vorbem. 14 ff. vor § 305 mit zahlreichen Nachweisen; Esser, Schuldrecht, § 17 (S. 55 ff.).

stand und Rechtsfolge. Nun sind Tatbestand und Rechtsfolge überall, auch im Bereich der vertraglichen Gestaltungsfreiheit, zusammengeordnet. Aber diese Zusammenordnung beruht hier auf dem Parteiwillen mit der Folge, daß die Parteien die Herrschaft über die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge haben. Sie können danach sowohl die Tatbestände, an die sich bestimmte Rechtsfolgen knüpfen sollen, wie die Rechtsfolgen, die aus bestimmten Tatbeständen folgen sollen, selbst bestimmen. Demgegenüber bedeutet der Typenzwang, daß das Gesetz sowohl die tatbestandlichen Voraussetzungen wie die daran anknüpfende Rechtsfolge festlegt.

Sowohl der Tatbestand wie dessen Rechtsfolge enthalten nun in sich jeweils eine Mehrheit von Elementen. Darum bedeutet die Zusammenordnung von Tatbestand und Rechtsfolge zugleich die bindende Kombination sowohl der verschiedenen Tatbestandselemente wie der mehreren Rechtsfolgen unter sich. Jede rechtsgeschäftliche Veränderung dieser Kombinationen, sei es durch Weglassung oder Zufügung konstituierender Tatbestandselemente oder Rechtsfolgen, bedeutet daher eine Veränderung des gesetzlich festgelegten Geschäftstypus, d.h. des vom Gesetz ausgewogenen Verhältnisses dieser verschiedenen Elemente. Der gesetzliche Typenzwang ist hiernach nicht nur ein formales, sondern ein materielles Prinzip, welches die Vertragsfreiheit ebenso nicht nur formell, sondern materiell beschränkt.

Das ist wesentlich für die Tragweite des Prinzips des Numerus clausus, d.h. die Möglichkeit der Bildung neuer außergesetzlicher Geschäftstypen. Diese Möglichkeit kann nicht einfach durch Berufung auf die Parteiautonomie oder Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden. Denn die Vertragsfreiheit würde, wenn sie die Bildung beliebiger Kombinationen rechtfertigen sollte, nur als formales Prinzip dem Typenzwang als formaler Beschränkung entgegengesetzt werden. Als formales Prinzip könnte sie aber nur die grundsätzliche Möglichkeit zur Bildung außergesetzlicher Typen rechtfertigen. Damit wäre aber noch nichts gesagt über die materielle Berechtigung einer bestimmten unter Abweichung vom gesetzlichen Typus gebildeten Kombination. Diese bedarf noch der materiellen Nachprüfung darauf, ob sie nicht die vom Gesetz festgelegte Ausgewogenheit der einzelnen Elemente in einer hiermit unvereinbaren Weise stört. Das ergibt sich schon daraus, daß jede neue Kombination - jedenfalls bei der hier in Rede stehenden Verbindung von Erbrechtsverträgen mit Verkehrsgeschäften - notwendig gewisse in den gesetzlichen

Typen schon enthaltenen Elemente in sich einbezieht. Deshalb bedarf es der Prüfung, ob die Kombination der aus dem gesetzlichen Typus übernommenen Elemente mit neuen außergesetzlichen Elementen mit dem Charakter vereinbar oder unvereinbar ist, den das Gesetz in den von ihm gebildeten Typen bindend festgelegt hat.

Der Typenzwang betrifft also zunächst den Inhalt der ihm unterworfenen Rechtsgeschäfte. Daneben bestehtauch eine Beziehung zur Form der Geschäfte; ein Versprechen etwa, das nicht der Wechselform entspricht, kann nicht die materiellen Rechtsfolgen eines Wechsels haben, braucht aber nicht nichtig zu sein, sondern kann andere Bindungen begründen. [5]

Hiernach kann man die Wirkung des Typenzwanges wie folgt bestimmen: Dem Typenzwang unterliegende Rechtsgeschäfte können nur mit dem vom Gesetz vorgeschriebenen Inhalt und unter Wahrnehmung der gesetzlich vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Nur wenn man sich ihrer als derart geschlossener Typen bedient, kann man den ihnen eigentümlichen Rechtserfolg erreichen. [6]

Man sollte den Typenzwang des Erbrechts nicht mit einer verbreiteten Terminologie als "zwingende Natur der erbrechtlichen Vorschriften" bezeichnen, [7] sondern die Unterscheidung von dispositivem und zwingendem Recht dem Schuldrecht vorbehalten. Denn sie deutet auf grundsätzliche Gestaltungsfreiheit und nur ausnahmsweise Beschränkung der Privatautonomie hin, während im Bereich des Typenzwanges umgekehrt der Grundsatz des Gestaltungszwanges gilt und allenfalls ausnahmsweise dem Parteiwillen Spielraum belassen wird.

Konkret auf den Typenzwang erbrechtlicher Geschäfte bezogen, bedeuten diese Grundsätze folgendes: Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag sind die einzigen (in sich geschlossenen) Rechtsgeschäfte, mit deren Hilfe man die Vermögensnachfolge von Todes wegen vertraglich bindend regeln kann. Den

---

5) Baumbach-Hefermehl, Anm. 5 Art. 2 WG.

6) v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1. Hälfte, § 51 I (S. 179); ähnlich Staudinger-Coing, Einl. RZ 62 zu § 104

7) Heinrich Lange, Allgemeiner Teil, § 8 VII 2 (S. 56)

Kontrahenten ist es verwehrt, die Geschäfte durch Erweiterungen oder Einschränkungen abzuändern. Im Erbvertrag können vertraglich bindend nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen angeordnet werden (§ 2278 BGB). Der Erbverzicht richtet sich auf das gesetzliche oder gewillkürte Erbrecht und das Pflichtteilsrecht, eventuell nur auf das Pflichtteilsrecht (§§ 2346, 2352 BGB), nach überwiegender Lehre über den Wortlaut hinaus auch auf das Erbrecht ohne den Pflichtteil.[8)]

Zum Typenzwang, gleich ob zum Inhalt oder zur Form, ist auch die Zulässigkeit von Bedingungen zu rechnen. Zwar wird nicht schon dadurch, daß ein Geschäft unter Typenzwang steht, der bedingte Abschluß dieses Geschäfts ausgeschlossen. Denn die Vorschriften des Allgemeinen Teils gelten grundsätzlich für alle Rechtsgeschäfte. Bewegliche Sachen können beispielsweise trotz des Typenzwangs der Übereignung unter Bedingungen übereignet werden.[9)] Für bestimmte Geschäfte wie etwa die Auflassung (§ 925 Abs.2 BGB) oder die Ausschlagung (§ 1947 BGB) schließt aber der Typenzwang die Vornahme unter einer Bedingung schlechthin aus. Dazu bedarf es nicht immer eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots, sondern ein Geschäftstypus kann auch seiner Natur nach bedingungsfeindlich sein.[10)]

Daß Erbvertrag und Erbverzicht vom Typenzwang beherrscht werden, und daß gerade der Typenzwang einer individuellen Gestaltung, wie sie im Bereich der Vertragsfreiheit möglich ist, Schranken setzt, kann heute noch keineswegs als allgemein gesicherte Erkenntnis gelten. Schon nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch steht der Erbvertrag unter Vertragsfreiheit,[11)] und diese Auffassung hat sich bisher in der Rechtsprechung behauptet. So hat das Bayerische Oberste Landesgericht[12)] die Auffassung vertre-

8) Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 II Anm. 5 (S. 362); näher dazu unten S.146 Anm. 10

9) Auch das ist zwar nicht unbestritten; die Bedingungsfeindlichkeit kann aber allenfalls aus der Abstraktheit der Übereignung abgeleitet werden, vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung, S. 72 ff.

10) Ein Beispiel bietet die Kündigung, vgl. z.B.: Staudinger-Coing, Vorbem. RZ 6e vor § 158 m. Nachw. Erman-Hefermehl, Vorbem. 4 vor § 158; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.I, § 48 II 4 (S. 69) m.Nachw.

11) Mot. V, S. 332

12) BayObLG 28, 634.

ten, ein Erbvertrag und ein mit ihm in derselben Urkunde verbundener obligatorischer Vertrag bildeten ein "einheitliches Ganzes", ohne indes spezielle Folgerungen daraus zu ziehen. Und der Bundesgerichtshof[13] will den Parteiwillen darüber entscheiden lassen, ob ein Erbvertrag und eine Unterhaltsvereinbarung eine rechtliche(!) Einheit bilden.

Es wird nicht klar erkannt, daß hier eine Beschränkung der Vertragsfreiheit durch den Typenzwang stattfindet, weil in einem Rechtsgeschäft, das dem Typenzwang unterliegt, nur solche Abreden getroffen werden können, die das Gesetz speziell für dieses Geschäft zuläßt. In einer sehr lehrreichen Entscheidung[14] hatte sich beispielsweise der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinanderzusetzen, ob nach Abschluß eines Ehe- und Erbvertrages in einer Urkunde der Rücktritt vom Erbvertrage nach §§ 2294, 2295 BGB auch den Ehevertrag beseitige oder dem anderen Teil wenigstens ein Recht auf Aufhebung des vertraglich vereinbarten Güterstandes gebe. Der Bundesgerichtshof verneint das, weil das Gesetz die Rücktrittsgründe der §§ 2294, 2295 BGB nicht auch als Gründe zum Rücktritt vom Ehevertrage oder zur Aufhebung des Güterstandes anerkenne.[15] Das ist im Ergebnis richtig. Es wird aber nicht hinreichend klar, worin der Grund dafür liegt, daß durch die Verbindung des Ehevertrages mit einem Erbvertrag nicht ein Aufhebungsgrund für den Ehevertrag entstehen kann, wenn der Erbvertrag wegfällt. Als Grund dafür kommt nur der gesetzliche Typenzwang infrage, unter dem der Ehevertrag steht. Denn der Ehevertrag ist seinem Typus nach mit dem Bestande der Ehe verbunden. Die Ehescheidungsklage des Klägers war aber rechtskräftig abgewiesen worden. Die Unanwendbarkeit erbvertraglicher Vorschriften auf den Ehevertrag, das heißt die Selbständigkeit des Ehevertrages gegenüber dem Erbvertrag, ist also eine Folge des Typenzwanges des Ehevertrages.

Der Gedanke, daß der Erbvertrag unter Vertragsfreiheit steht, hätte sich aber schwerlich bis heute behaupten können, wenn die scharfe systematische Trennung des erbrechtlichen Vertrages von den schuldrechtlichen Verträgen nicht durch zwei Momente verdunkelt worden wäre:

---

13) BGHZ 36, 65 (71).
14) BGHZ 29, 129 = DNotZ 59, 209 = NJW 59, 625.
15) BGHZ 29, 132 ff

Die Vertragsform legt es nahe, den Erbvertrag in eine übergreifende Kategorie "Vertrag" einzuordnen und ebenso der Vertragsfreiheit zu unterstellen, wie die an Zahl und Bedeutung überragenden schuldrechtlichen Verträge. Dieses Verfahren mag begünstigt werden durch die historischen Beziehungen des erbrechtlichen Vertrages zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Das andere Moment ist die, wie näher zu erörtern, fehlerhafte Auffassung, nur die Abstraktheit schließe die Vertragsfreiheit aus. Soweit der erbrechtliche Vertrag - wie noch darzustellen sein wird, zu Recht - nicht für abstrakt gehalten wird, soll für ihn die Vertragsfreiheit gelten. Daß ein Verbot individueller Vertragsgestaltung jedoch allein Folge des Typenzwanges sein kann, und daß der Typenzwang auch für nicht abstrakte Geschäfte gelten kann, wird nicht beachtet.

II. Das Verhältnis von Typenzwang und Abstraktheit und deren Bedeutung für die Vertragsfreiheit

Ehe aus dem Typenzwang der Erbrechtsverträge nähere Folgerungen für die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Grundsätze - über das Synallagma und die Geschäftsgrundlage - auf diese Geschäfte gezogen werden, soll die Abgrenzung von Typenzwang und Abstraktheit genauer bestimmt werden. Sie wird vor allem in der Rechtsprechung häufiger nicht richtig getroffen. Das zeigt z.B. ein Beschluß des Bayrischen Obersten Landesgerichts[16], in dem erwogen wird, ob dem Erbverzicht als abstraktem (!) erbrechtlichem Geschäft eigener Art ein Rücktrittsvorbehalt beigefügt werden könne. Die Frage wird zwar nicht entschieden, denn das Gericht deutet den Rücktrittsvorbehalt in eine auflösende Bedingung um. Immerhin wird hier die Zulässigkeit einer individuellen Gestaltung des Erbverzichts allein von dessen angeblich abstrakter Natur abhängig gemacht.[17] Nicht der Typenzwang, sondern die angebliche Abstraktheit soll dem Willen der Vertragsparteien Schranken setzen. Das ist ein fehlerhafter Ansatzpunkt. Zwar ist richtig, daß die abstrakten Geschäfte unter Typenzwang stehen. Auch für sie liegt die Bedeutung

16) NJW 58, 344.

17) Ebenso Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 3 vor § 2346.

des Typenzwanges darin, daß Inhalt und Geltung des abstrakten Geschäftes auch gegen einen abweichenden Parteiwillen gesichert werden sollen[18]. Aber während sich der Typenzwang allgemein auf den Geschäftstypus im ganzen bezieht und somit der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit der Kontrahenten umfassende Schranken setzt, verlangt die Abstraktheit eines Geschäftes nur die Sicherung gegen einen solchen abweichenden Parteiwillen, der das abstrakte Geschäft von seinem Grundgeschäft abhängig machen will. Deshalb müssen nicht alle Geschäfte, die unter Typenzwang stehen, umgekehrt auch abstrakt sein. Typenzwang und Abstraktheit decken sich nicht. Der Typenzwang reicht weiter und setzt die Abstraktheit nicht voraus.

Aus diesem Grunde ist es unrichtig, den Gegensatz: Typenzwang - Vertragsfreiheit (als inhaltliche Gestaltungsfreiheit), auf dem das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch aufbaut, durch den angeblichen Gegensatz Abstraktheit - Vertragsfreiheit zu ersetzen. Das führt zur Gefahr weiterer Begriffsvertauschungen: zunächst dazu, allein von der zwingenden gesetzlichen Regelung eines Geschäftstatbestandes auf die Abstraktheit des Geschäfts zu schließen, sodann zu der weiteren Schlußfolgerung, ein Geschäft, das nicht abstrakt sei, könne allein deshalb der Vertragsfreiheit zugeordnet werden. Wenn dieses Geschäft dann in Wahrheit unter Typenzwang steht, ergeben sich naturgemäß große dogmatische Schwierigkeiten.

Dafür bietet die Rechtsprechung zum sogenannten Änderungsvorbehalt im Erbvertrag ein anschauliches Beispiel. Nach § 2293 BGB kann sich der Erblasser im Erbvertrage den Rücktritt vorbehalten. Nun wird mitunter nicht der Rücktritt vom gesamten Vertrage vorbehalten, sondern nur die Befugnis, einzelne vertragsmäßige Verfügungen abzuändern. Dem Erbvertrag wird ein Änderungsvorbehalt eingefügt, der den Erblasser zu bestimmten abweichenden Verfügungen für die Zukunft ermächtigt. Diese Verfügungen werden schon in dem Erbvertrage bezeichnet.

Durch diese Begrenzung der Ermächtigung unterscheidet sich die vertragsmäßige Verfügung unter Änderungsvorbehalt von einer einseitigen Verfügung. Die vertragliche Bindung wird nur eingeschränkt, nicht aber völlig

18) u.S. 79 f.

beseitigt, denn der Erblasser darf nur die vorbehaltene, nicht jede beliebige Verfügung an die Stelle der unter Vorbehalt stehenden Verfügung setzen.[19]

Ein solcher begrenzter Änderungsvorbehalt wird - sicher zu Recht - für zulässig gehalten.[20] Die Zulässigkeit wird aber u.a. damit begründet, für Erbverträge gelte ebenso Vertragsfreiheit wie für schuldrechtliche Verträge.[21] Mit dieser Begründung hat jedenfalls der Bundesgerichtshof den Änderungsvorbehalt zugelassen.[22]

Angesichts der Konsequenz, daß die Zulassung der Vertragsfreiheit den Erbvertrag als Typus verändern oder zerstören mußte, sah sich der Bundesgerichtshof jedoch genötigt, die Grenzen solcher Vorbehalte wie folgt zu bestimmen: Der Änderungsvorbehalt dürfe nicht so weit gehen, daß der Erbvertrag seines eigentlichen Wesens entkleidet werde. Der Erbvertrag müsse seinen Inhalt behalten, es müsse wenigstens eine vertragsmäßige[23] Verfügung darin enthalten bleiben.

Diese Begründung geht von einer falschen Grundkonzeption aus. Daß die zunächst zitierte Vertragsfreiheit sofort wieder in erheblichem Maße eingeschränkt werden muß, zeigt schon, daß es diese Freiheit für Erbverträge gar nicht geben kann. Die Vertragsfreiheit ist ein Prinzip für sämtliche schuldrechtlichen Verträge. Dagegen ist der Typenzwang immer auf einzelne inhaltlich bestimmte Geschäftstypen bezogen. Daher geht es allein darum, wie weit das Gesetz dem Erblasser bei dem Abschluß des unter Typenzwang stehenden Erbvertrages Spielraum für eine individuelle Ausgestaltung läßt. Nur bei dieser Fragestellung lassen sich die Probleme sowohl der prinzipiellen Zulässigkeit als auch der Grenzen des einem Erbvertrag hinzugefügten Änderungsvorbehaltes (S.47) einfach und zweckmäßig lösen:

---

19) Vgl. Staudinger-Dittmann, RZ 12 zu § 2278.

20) Coing, NJW 58, 689 ff.; Küster, JZ 58, 394; Bartholomeyczik, Erbrecht 7 § 25 IX 1 (S. 135); Soergel-Ehard-Eder, RZ 7 zu § 2274; BayObLG JZ 62, 97.

21) So schon Mot. V, S. 332.

22) BGHZ 26, 204 (208/9) = JZ 58, 399; zustimmend Siebert, Festschrift f. Hedemann, S. 241.

23) Gemeint ist offenbar eine nicht unter Änderungsvorbehalt stehende vertragsmäßige Verfügung.

Der Erblasser kann im Erbvertrag sowohl vertragsmäßig bindende als auch einseitig widerrufliche Verfügungen treffen. Außerdem ist ihm das Recht eingeräumt, sich den Rücktritt vom Erbvertrag vorzubehalten. Daraus ergibt sich für den Erblasser ein gewisser Spielraum. Die von dem Änderungsvorbehalt betroffene Verfügung steht zwischen einseitiger und vertragsmäßiger Verfügung. Deshalb werden die Grenzen des Änderungsvorbehaltes dadurch bestimmt, daß er die vertragliche Bindung nur beschränken, nicht aufheben darf. Das vom Bundesgerichtshof verwendete Kriterium, es müsse wenigstens eine vertragsmäßige Verfügung im Erbvertrag enthalten bleiben, ist ungeeignet. Daß der Erbvertrag wenigstens eine vertragsmäßig bindende Verfügung voraussetzt, entgegen § 2265, weil sonst ein gemeinschaftliches Testament auch zwischen Nicht-Eheleuten möglich würde,[24] ist zwar grundsätzlich für die Abgrenzung der Form des Erbvertrages von der Testamentsform wesentlich, entscheidet aber noch nicht über die Frage, ob ein Änderungsvorbehalt den vertraglich bindenden Charakter einer Verfügung aufhebt oder nur beschränkt. Soweit der Vorbehalt reicht, kann der Erblasser die Verfügung zwar ändern, so als ob sie einseitig und nicht vertragsmäßig getroffen worden wäre. Die Bindung des Erblassers wird jedoch durch den Vorbehalt auch bezüglich der von ihm betroffenen Verfügungen nur eingeschränkt und nicht völlig beseitigt.[25] Andere als die vorbehaltenen Verfügungen zu treffen, ist dem Erblasser durch die vertragliche Bindung verwehrt. Die inhaltlichen Grenzen, die für die Typen der einseitigen und der vertragsmäßigen Verfügungen bestimmt sind, werden also durch die Anerkennung des Änderungsvorbehalts nicht aufgehoben.[26] Zudem ist die Form der Änderungsermächtigung durch den für den Erbvertrag zugelassenen Rücktrittsvorbehalt vorgezeichnet.

Die Behandlung des erbvertraglichen Änderungsvorbehalts zeigt beispielhaft, wie die Bedeutung des Typenzwanges der Erbrechtsverträge noch heute weitgehend verkannt wird.[27] Auch wenn sich die Erbrechtsverträge als nicht

---

24) Staudinger-Dittmann, Vorbem. 22 vor § 2274; Kipp-Coing, Erbrecht, § 42 Note 1 (S. 195).

25) Vgl. oben S. 48 mit Anm. 19.

26) Richtig Staudinger-Dittmann, RZ 12 zu § 2278; Lange, Erbrecht, § 37 III 4 (S. 408) hält offenbar den Vorbehalt willkürlicher Abänderung des ganzen Erbvertrages für zulässig.

27) Typisch auch RGZ 170, 383: Das RG behandelt einen Schenkungswiderruf, der mit Verfügungen von Todes wegen in einer Urkunde enthalten ist, mit der Begründung als wirksam, Verfügungen von Todes wegen (!) könnten auch andere Anordnungen enthalten, als nach §§ 1937 ff BGB zugelassen sind.

abstrakt erweisen, stellt sich die Frage, ob der für sie bestehende Typenzwang ihre Verbindung mit schuldrechtlichen Geschäften verhindert.[28]

5. Kapitel: Folgerungen aus dem Typenzwang für die Anwendbarkeit der Grundsätze vom Synallagma und von der Geschäftsgrundlage auf Erbrechtsverträge

1. Folgerungen für die Möglichkeit einer synallagmatischen Verbindung

Im folgenden soll die Bedeutung des erbrechtlichen Typenzwangs für eine synallagmatische Verbindung der Erbrechtsverträge (Erbvertrag und Erbverzicht) mit Verkehrsgeschäften näher behandelt werden. Eine solche Verbindung wird vorausgesetzt, wenn ein Rücktritt vom Erbrechtsvertrage nach §§ 325/326 BGB für möglich gehalten wird (oben S. 4 f).

1. Nach diesen Vorstellungen handelt es sich nicht um zwei gegenseitige Schuldverpflichtungen auf Abschluß des Erbrechtsvertrages und auf Abfindung und Unterhaltszahlung - die erstere Verpflichtung wäre für den Erbvertrag schon durch § 2302 BGB ausgeschlossen-, sondern darum, ob zwischen dem Erbrechtsvertrag selbst und dem Abfindungsversprechen ein Synallagma bestehen kann. Nur dann wäre ein Rücktritt von dem Erbrechtsvertrage selbst überhaupt denkbar. Ein Synallagma zwischen dem Erbrechtsvertrag selbst und einer Schuldverpflichtung erscheint aber als ausgeschlossen.[1] Auch ohne daß hier schon der eigentliche materielle Gehalt der Erbrechtsverträge festgestellt wird, ist nicht zu bezweifeln, daß die Erbrechtsverträge keine Verpflichtung begründen, sondern - insofern den Verfügungsgeschäften ähnlich - eine unmittelbare Rechtsänderung herbeiführen. (Ob sie deshalb zu den abstrakten Geschäften gehören, wird bei den

28) Richtig Siber, IherJb 70, 267.

1) vgl. auch Staudinger-Lehmann, RZ 10 § 1941; Staudinger - Ferid, Vorbem. RZ 36 vor § 2346.

Voraussetzungen ihrer Kondizierbarkeit erörtert werden). Der Rücktritt nach §§ 325, 326 BGB bezieht sich aber nicht auf das Verfügungsgeschäft, sondern auf das Schuldverhältnis und damit auch auf eine eigene Verpflichtung des Zurücktretenden. Eine andere Frage ist, ob die Schuldverpflichtung der anderen Partei eine causa für den Erbrechtsvertrag bilden kann, wenn dieser mit Rücksicht auf die Übernahme der Verpflichtung geschlossen wird. Das wäre aber keine Beziehung i.S. der §§ 320 ff BGB, sondern könnte nur eine Kondiktion begründen. Auch dieser Gesichtspunkt gehört daher zu dem Fragenkreis, wann eine Kondiktion möglich ist, die jedenfalls von anderen Voraussetzungen abhängt als der Rücktritt.

2. Anders stellt sich die Frage, wenn sich beiderseits Schuldverpflichtungen auf Abschluß des Erbrechtsvertrages und auf eine Abfindungszahlung gegenüberstehen sollen. Dann läge grundsätzlich ein Synallagma vor.

a) Diese Möglichkeit ist für den Erbvertrag durch § 2302 BGB ausgeschlossen.[2] Diese Vorschrift schränkt die schuldrechtliche Vertragsfreiheit zugunsten der erbrechtlichen Testierfreiheit ein. Der Erblasser soll die höchstpersönliche Entscheidung, ob und in welcher Weise er von seiner Testierfreiheit Gebrauch machen will, unbeeinflußt von jeglichem Zwang treffen können.

b) Für den Erbverzicht besteht ein entsprechendes gesetzliches Verbot nicht.[3] Deshalb soll man sich nach überwiegender Auffassung zum Abschluß eines Erbverzichts verpflichten können.[4] Die herrschende Meinung geht sogar so weit, eine synallagmatische Verbindung zwischen den Verpflichtungen zum Verzicht und zur Zahlung der Abfindung für zulässig zu halten.[5] Auf diesen synallagmatischen Vertrag sollen jedoch die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB nur beschränkt anwendbar sein: Der Verzichtende könne zwar zurücktreten, wenn er die Abfindung nicht erhält.[6] Ob er auch

2) vgl. z.B. Staudinger-Dittmann, RZ 3 zu § 2295 m.Nachw.
3) Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 126, und Erbrecht, § 7 I 4 (S. 65 f.).
4) Heinrich Lange a.a.O., S. 127; Larenz, IherJb 81, 8; BGHZ 37, 319 (327 ff.); PrOVG 62, 268.
5) BGH a.a.O.
6) Heinrich Lange a.a.O., S. 131; Jebens, S. 46 f.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, sei mit Rücksicht auf den Risikocharakter des Erbverzichts zweifelhaft.[7]

Das Gesetz verbietet zwar die Verpflichtung zum Abschluß eines Erbverzichts nicht, enthält umgekehrt aber auch keine Vorschriften, aus denen auf ihre Zulässigkeit geschlossen werden könnte. Gegen die Zulässigkeit des Verpflichtungsgeschäfts und mehr noch gegen die einer synallagmatischen Verbindung von Verzichts- und Abfindungsversprechen sind auch erhebliche Bedenken geltend zu machen. Das Versprechen auf Abgabe eines Erbverzichts wäre trotz der Formgebundenheit des eigentlichen Erbverzichts formlos gültig. Durch den Zwang zur Erfüllung des formlosen obligatorischen Vertrages würde also der gesetzliche Formzwang des Erbverzichts übergangen. Diese Bedenken lassen sich auch nicht, wie Lange meint,[8] dadurch ausräumen, daß an den Nachweis einer formlosen Verpflichtung zum Verzicht hohe Anforderungen zu stellen seien, so daß die Verpflichtung regelmäßig mit dem Erbverzicht selbst zusammenfallen müsse. Das liefe darauf hinaus, den einheitlich erklärten Erbverzicht nachträglich in einen obligatorischen und einen verfügenden Teil aufzugliedern, nur um einen Ansatzpunkt für die Aufhebung des ganzen Erbverzichts zu gewinnen. Es bliebe nur eine begrifflich zu unterstellende Verpflichtung übrig.

Die Anerkennung eines Verpflichtungsgeschäfts zum Erbverzicht ist also grundsätzlich schon sehr problematisch. Diese Bedenken müssen sich aber noch verstärken, wenn diese Verpflichtung nun auch noch mit dem Abfindungsversprechen in synallagmatischen Zusammenhang gebracht werden soll. Die Berufung auf die schuldrechtliche Vertragsfreiheit reicht zur Begründung des Synallagma nicht aus. Das wird von den Vertretern der Auffassung, nach der eine synallagmatische Verbindung möglich ist, auch indirekt anerkannt, wenn sie die §§ 320 ff. BGB auf einen solchen Vertrag wegen dessen "Risikocharakter" beschränkt anwenden wollen.[9]

Endlich muß die synallagmatische Verbindung daran scheitern, daß sich in Erbverzicht und Abfindung nicht zwei vergleichbare Leistungen gegenüberstehen. Die §§ 320 ff BGB beruhen durchweg auf dem Aequivalenzverhältnis

7) Heinrich Lange a.a.O., S. 130 f.
8) a.a.O., S. 127 f
9) Vgl. oben S. 52 bei Anm. 7

zwischen den beiderseitigen Leistungen. Richtig ist, daß die Parteien grundsätzlich das Wertverhältnis der beiden Leistungen festsetzen können. Aber das setzt voraus, daß der Gegenstand jeder Leistung überhaupt einen Wertmaßstab für die andere abgeben kann. Das trifft auf den Erbverzicht nicht zu, da durch ihn der Verzichtende schon mangels jeder Bindung des Erblassers unter Lebenden keinen berechenbaren Vermögenswert aufgibt (s. näher unten Kap. 12)[10]. Wenn man schließlich den Erbverzicht wenigstens zu einem Teil für eine rein erbrechtliche Verfügung hält[11], die der Verzichtende trifft, muß auch für dieses Geschäft wie für den Erbvertrag, § 2302 BGB, die Verpflichtung zum Abschluß ausgeschlossen sein. Denn dann gelten für den Verzichtenden und die Sicherung seiner Verfügungsmacht dieselben Gründe, die eine Verpflichtung des Erblassers verbieten.[12]

Regelmäßig werden Erbverzicht und Abfindungsversprechen auch nicht zur Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages, sondern ohne einen solchen geschlossen. Sie stehen, auch wenn sie in eine Urkunde aufgenommen sind, ohne eine beide Kontrahenten verpflichtende gemeinsame schuldrechtliche Grundlage nebeneinander. Gerade bei den in der Praxis vorkommenden Fällen fehlt diese Grundlage. Dasselbe Bild begegnet zwangsläufig, wenn ein Erbvertrag und ein Verkehrsgeschäft wie etwa ein Alimentationsversprechen des Erben mit Rücksicht aufeinander geschlossen werden, weil hier eine engere Verbindung schon durch § 2302 BGB ausgeschlossen ist. Man kann die Frage stellen, ob in diesen Fällen der Zusammenhang zwischen dem Erbrechtsvertrag und dem Verkehrsgeschäft wenigstens als eine Art Realvertrag gedeutet werden kann, wie er etwa im Handdarlehen begegnet. Die Erbverpfründung müßte dann als Leistung des Erblassers an den Bedachten, die diesen zum Unterhalt verpflichtet, aufgefaßt werden, der Erbverzicht als Leistung an den Erblasser, die die Abfindungsforderung entstehen läßt. Beides läßt sich indessen nicht vertreten:

Der grundlegende Unterschied zu den Realverträgen des Schuldrechts liegt darin, daß hier das Gesetz der Leistung Bedeutung für die Entstehung der Verpflichtung beilegt und daneben nur noch eine bestimmte Rechtsgrund-

---

10) u.S. 99
11) vgl. u. S. 144 ff
12) vgl. ob. S. 51

abrede verlangt: Die Geldhingabe selbst unter entsprechender Rechtsgrundabrede begründet beim Handdarlehn die Darlehnsverpflichtung. Diese braucht also vom Darlehnsnehmer nicht mehr zusätzlich eingegangen zu werden. Eine solche verpflichtende Wirkung wird den Erbrechtsverträgen nicht beigelegt. Sie können nur den Begünstigten dazu motivieren, daß er eine besondere Verpflichtung eingeht.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß Realverträge wie das Handdarlehen nur eine Rückgabeverpflichtung entstehen lassen, von der man bei Erbrechtsverträgen schon begrifflich nicht reden kann, die aber auch gar nicht begründet werden soll. Der Erblasser setzt jemanden zum Vertragserben ein, der Verzichtende verzichtet auf sein Erbrecht, um zu einem Gegenwert, dem in Schuldrecht die Gegenleistung entspräche, zu kommen. In vergleichbaren Fällen wird heute auch im Schuldrecht überwiegend kein Realvertrag mehr angenommen. Die Behandlung des verzinslichen Darlehns mag hier als Beispiel dienen. Die Einigung der Beteiligten wird in diesem Falle nicht mehr als Vorvertrag, sondern als eigentliche Schuldgrundlage aufgefaßt und dementsprechend in überkommener Terminologie das Darlehn dem Gläubiger nicht mehr als credendi (acquirendi) causa,[13] sondern als solvendi causa erbracht, behandelt.[14][15]

Schließlich ist auch ein Innominatrealvertrag dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches fremd. Oertmann kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn er einen solchen Vertrag für den Fall annimmt, daß jemand vertraglich zum Erben eingesetzt wird und dafür ein Entgelt verspricht.[16] Die Entstehung einer Verpflichtung wird regelmäßig an die Einigung der Parteien hierüber und nicht an eine Leistung unter bestimmter Zwecksetzung geknüpft. Des-

13) vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Hälfte, § 72 II 2 (S. 69 f): Ursprünglich bezeichnet die causa credendi den typischen Fall einer Zuwendung zu dem Zweck, einen Vermögensvorteil zu erwerben; heute wird sie als Unterfall der causa acquirendi behandelt; diese erfaßt auch Zuwendungen, die den Erwerb eines Aequivalents bezwecken, während der Vermögensvorteil der causa credendi allein in dem Erwerb der Rückzahlungsforderung gesehen wurde.

14) Erman-Groepper, Einleitung 2e zu § 305

15) Stampe, Wertbewegungslehre S. 60, hält diese Entwicklung für wünschenswert.

16) Entgeltliche Geschäfte, S. 110.

halb darf aus den wenigen im Gesetz anerkannten Realschuldverhältnissen nicht das allgemeine Prinzip abgeleitet werden, durch Annahme einer Leistung allein könne regelmäßig die Verpflichtung zu einer Gegenleistung entstehen, wenn nur eine Rechtsgrundabrede vorliege.

3. Wenn der Rücktritt vom Erbrechtsvertrage für die Fälle empfohlen wird, daß der Begünstigte die versprochene Leistung unter Lebenden nicht erbringt, wird schließlich übersehen, daß der echte Rücktritt eines Teiles grundsätzlich auch gegen den Erben des anderen Teiles wirkt. Seine Anerkennung würde also bewirken, daß derjenige, der infolge des Verzichts erben wird, diese Rechtsstellung dem Verzichtenden wieder einräumen müßte. Da ein Verlust der Erbenstellung ex nunc im Erbrecht überhaupt nicht vorgesehen ist, käme nur die Rückabwicklung durch Erbschaftskauf in Betracht. Diese führt aber keineswegs zu einer rückwirkenden Beseitigung der Erbenstellung.[17] In Wirklichkeit ist eine solche Beseitigung nur im Wege der erbrechtlichen Irrtumsanfechtung wegen Motivirrtums (§ 2078, § 2079) möglich, die für den Verzichtenden im Gesetz gar nicht vorgesehen ist. Ob dieses Anfechtungsrecht trotzdem dem Verzichtenden zuzuerkennen wäre, ist eine andere Frage (s. unten S. 152 ff). Jedenfalls hätte es andere Voraussetzungen und Wirkungen als ein Rücktrittsrecht. Schon die Voraussetzungen von Rücktritt und Anfechtung brauchen sich nicht zu decken, und ebensowenig decken sich ihre Wirkungen. Auch hier schließt also der Typenzwang des Erbrechts, hier der erbrechtlichen Irrtumsanfechtung, die Anwendbarkeit des schuldrechtlichen Rechtsbehelfs aus.

II. Folgerungen für die Anwendbarkeit der Lehre von der Geschäftsgrundlage

Ob die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf die Erbrechtsverträge anwendbar sind, hängt ebenfalls vom Typenzwang des Erbrechts ab. Wird der Bestand des Verkehrsgeschäfts als Geschäftsgrundlage des Erbrechtsvertrages aufgefaßt, so wird der erbrechtliche Vertrag ebenso wie bei der Anwendung synallagmatischer Grundsätze schuldrechtlichen Vorschriften unter-

17) vgl. etwa Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 1 vor § 2371.

worfen, und ebenso wie dort stellt sich die Frage, ob nicht der Typenzwang des Erbrechts dem entgegensteht. Hier soll zur Verdeutlichung der Problematik ein Beispiel gegeben werden, ein Fall aus der Praxis, der von Boehmer in einem Gutachten behandelt worden ist:[18]

Jemand hatte ein beträchtliches Darlehen erhalten. Später vereinbarte er mit dem Darlehnsgeber, dieser solle an Stelle der Rückzahlung des Darlehns für seine Darlehnsforderung vermächtnisweise ein Waldgrundstück zugewendet bekommen. Das Vermächtnis wurde dem Darlehnsgeber in einem Erbvertrag ausgesetzt. Der Wert des vermachten Grundstückes entsprach der Höhe der Darlehnsforderung. Später stieg jedoch der Grundstückswert auf etwa das Zehnfache der Darlehnsforderung an. Der Darlehnsnehmer wollte nunmehr von dem Erbvertrage wieder loskommen und das ursprünglich geschuldete Darlehn zurückzahlen.

Obwohl der Erblasser und Darlehnsnehmer den Erbvertrag innerhalb der Anfechtungsfrist, § 2283 BGB, angefochten hatte und damit das Grundstücksvermächtnis hinfällig geworden war, untersucht Boehmer, ob nicht auch ohne Rücksicht auf einen etwaigen Ablauf der Anfechtungsfrist wegen der später eingetretenen Äquivalenzstörung ein Rücktritt nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage möglich sei. Das bejaht er mit der Begründung, Erbvertrag und Darlehnsvertrag blieben zwar rechtlich formell selbständig, aber Vermächtnis und Darlehnshingabe seien in ein Leistungs-, Gegenleistungsverhältnis gebracht worden.[19] Deswegen könne sich der Erblasser vom Erbvertrage lossagen.

Auch wenn diese Ausführungen bei der Untersuchung über die Zubilligung eines erbrechtlichen Anfechtungsrechtes zu finden sind,[20] läßt die gegebene Begründung doch darauf schließen, daß hier offenbar nicht an eine Erweiterung des erbvertraglichen Rücktrittsrechts nach § 2295 BGB, sondern an die Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze auf den Erbvertrag gedacht worden ist. Sollte das aber wirklich gemeint sein, so hätte sich das Gutachten mit dem erbrechtlichen Typenzwang auseinandersetzen müssen.

---

18) Festschrift f. H. Lehmann (1956), S. 464 ff.

19) a. a. O., S. 472.

20) Vgl. Boehmer, a. a. O., S. 466.

Mit Rechtsbehelfen des Schuldrechts hätte der Erbvertrag nur dann beseitigt werden können, wenn er unselbständiger Teil eines Gesamtgeschäftes gewesen wäre, das neben erbrechtlichen Elementen auch solche schuldrechtlicher Art enthielt. Dann hätten die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auf das Gesamtgeschäft einheitlich angewendet werden müssen mit der Folge, daß auch der spezifisch erbrechtliche Teil des Geschäfts erfaßt worden wäre. Denn wenn man von der rechtlichen Einheit des Geschäfts auszugehen hätte, könnte man diese Einheit nicht durch die auf einen Teil des Geschäfts beschränkte Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage zerstören.[21]

Trotz der Verbindung mit einem Schuldrechtsgeschäft behält der Erbvertrag seinen erbrechtlichen Charakter.[22] Er bleibt, wie Boehmer zu Recht annimmt, rechtlich selbständig. Daher hängt die Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze davon ab, wie weit der erbrechtliche Typenzwang inhaltlich reicht, ob also die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage mit dem Wesen der Erbrechtsverträge vereinbar ist. Das wird regelmäßig nicht beachtet, wenn der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auch für Erbrechtsverträge Geltung zugesprochen wird.[23]

Die Lehre von der Geschäftsgrundlage kann nicht über das Schuldrecht hinaus in die Erbrechtsverträge hineingetragen werden. Sie kennzeichnet nicht nur eine typische Mängelanfälligkeit des Schuldverhältnisses, sondern ihr liegt auch eine typisch schuldrechtliche Wertung dieser Mängel (wie Aequivalenzstörung oder Wegfall des Geschäftszwecks) zugrunde. Für deren Erheblichkeit werden die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt und gegeneinander abgewogen.[24] Der auf Treu und Glauben gründende Organismus des Schuldverhältnisses mit seinen gegenseitigen Rechten und Pflichten verbietet die bevorzugte Berücksichtigung der Interessen eines Beteiligten. Die Interessenbewertung findet vielmehr nach den von den Parteien selbst in Privatautonomie gesetzten Maßstäben statt. Es ist nur

21) Vgl. oben S. 40 f.

22) Endemann, Erbrecht, 1. Hälfte, § 88 III b 2 (S. 667).

23) So, außer Boehmer für den Erbvertrag, für den Erbverzicht: OLG Celle, NdsRpfl 49, 119; Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 31 vor § 2346; Bartholomeyczik, Erbrecht 5, § 5 I 4 b (S. 22).

24) Esser, Schuldrecht, § 86 2,3 (S. 386 f.)

folgerichtig, wenn das Schuldverhältnis durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht schlechthin zerstört, sondern, soweit möglich, unter Berücksichtigung des Parteiwillens den veränderten Umständen angepaßt wird.[25]

Diese Grundsätze lassen sich für die Erbrechtsverträge nicht übernehmen, weil die erbfolgeregelnden Anordnungen des Erblassers oder des verzichtenden Erben in einen Interessenausgleich nicht einbezogen werden können. Ob eine Erbfolgeregelung bestehen bleiben soll, wird einseitig aus der Sicht dessen entschieden, der die erbrechtlichen Rechtsfolgen gesetzt hat. Insoweit kann man bei den Erbrechtsverträgen eine gewisse Entleerung des Vertragsbegriffes beobachten. Die Stellung des Erblassers im Erbvertrage ist gegenüber der seines Vertragspartners ungleich stärker. Zwar wird auch der andere Teil mit dem Erbvertrage gewisse (persönliche oder wirtschaftliche) Interessen verfolgen. Aber die Verfehlung seiner Ziele berechtigt ihn weder zur Anfechtung noch zum Rücktritt. Der Gesetzgeber hat den Erbvertrag auch nicht auf gewisse typische Interessenlagen beschränkt, von deren Fortbestand die Geltung des Geschäfts abhängen könnte. Man hätte etwa die Beschränkung des Instituts auf Eheleute erwägen können mit der Folge, daß die Ehe zur Gültigkeitsbedingung erhoben worden wäre. Solche typischen Interessenlagen setzt der Erbvertrag nach dem BGB nicht voraus. Das Gesetz gestattet es jedermann, aus beliebigem Interesse mit dem Erblasser abzuschließen.[26] Es verhält sich gegenüber den Interessen des anderen Teils gewissermaßen neutral. Dem steht die einseitige Betonung und Berücksichtigung des Erblasserwillens gegenüber. Der Erblasser kann den Erbvertrag wegen Motivirrtums anfechten, und er kann aus den Gründen der §§ 2293 ff BGB zurücktreten. Ihm allein steht also die Entscheidung darüber zu, ob er es bei dem Erbvertrag belassen oder ihn vernichten will.

Eine ähnlich dominierende Stellung kommt für den Erbverzicht dem Verzichtenden zu. Wie später näher dargelegt werden wird,[27] ist die Entscheidung über die Wirksamkeit des Verzichts bei unwirksamem oder unerfüllbarem Abfindungsversprechen in die Hand des Verzichtenden zu legen, weil er an

25) Esser a.a.O. unter 8 (S. 403 f.) mit Nachw.; Larenz, Schuldrecht, Bd. I § 20 II (S. 250 f.).

26) Vgl. Heinrich Lange, Erbrecht, § 23 II 2 (S. 210).

27) s. unten S. 145 ff.

Stelle des Erblassers oder sogar kraft nur ihm selbst erteilter gesetzlicher Ermächtigung erbrechtliche Rechtsfolgen setzt und deshalb den gleichen Schutz wie der Erblasser verdient. Bei einer solchen einseitigen Interessenbewertung fehlt es an den Voraussetzungen für eine Anpassung der Erbrechtsverträge. Denn der - im Schuldrecht sinnvolle - Anpassungsgedanke zielt gerade auf einen Interessenausgleich. Mit der einseitigen Interessenbewertung korrespondiert, daß eine Anpassung erbfolgeregelnder Anordnungen im echten Sinne gar nicht möglich ist. Dem Richter ist ein gestaltender Eingriff in die Erbfolgeordnung verwehrt. Der "Wegfall der Geschäftsgrundlage" könnte deshalb allenfalls zur Unwirksamkeit des Erbrechtsvertrages führen und würde damit dem Erblasser bzw. dem Verzichtenden die Entscheidung über den Fortbestand des Erbrechtsvertrages aus der Hand nehmen. Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage kann deshalb nicht für Erbrechtsverträge mit der Folge übernommen werden,[28] daß ein Verkehrsgeschäft die Geschäftsgrundlage eines Erbrechtsvertrages bilden könnte. Auch auf diesem Wege läßt sich eine Abhängigkeit der Erbrechtsverträge von Verkehrsgeschäften nicht begründen.

6. Kapitel: Fortsetzung: Die Vereinbarkeit des Typenzwangs mit einer rechtlichen Verbindung durch Abrede gegenseitiger Bedingtheit.

In anderer Form soll eine Verbindung zwischen Erbrechtsvertrag und Verkehrsgeschäft entstehen, wenn beide Geschäfte durch wechselseitige Bedingungen voneinander abhängig gemacht werden. Zunächst ist die Frage nach der Möglichkeit einer solchen Verbindung, also nach der Zulässigkeit von Bedingungen in erbrechtlichen Verträgen, zu stellen. Bei positiver Beantwortung dieser Frage soll dann untersucht werden, wann nach dem Parteiwillen eine Verbindung durch gegenseitige Bedingtheit angenommen werden kann.

28) Richtig wird in BGHZ 29, 129 (134 f.) die Anwendung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auf einen Ehevertrag abgelehnt.

I. Die Zulässigkeit einer Bedingung

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, daß nicht nur schuldrechtliche Verträge, sondern auch solche, die auf eine Rechtsänderung gerichtet sind, bedingt abgeschlossen werden können.[1] Wieweit der erbrechtliche Typenzwang den Parteien Spielraum läßt, erbrechtlichen Verträgen eine Bedingung hinzuzufügen, kann für den Erbvertrag leichter beantwortet werden, als für den Erbverzicht:

Verfügungen von Todes wegen können bedingt getroffen werden. Das ergibt sich für letztwillige Verfügungen aus § 2074 BGB und für den Erbvertrag aus der Generalverweisung des § 2279 abs.1 BGB auch auf diese Vorschrift.[2] Die Bedingungsabrede im Erbvertrag bedarf der Form dieses Geschäfts.[3]

Weniger sicheren Boden bietet das Gesetz für die Zulässigkeit von Bedingungen beim Erbverzicht. Allerdings enthält § 2350 BGB den Fall einer gesetzlich vermuteten auflösenden Bedingung,[4] aber nur für einen relativen Erbverzicht zugunsten eines Dritten. Darin liegt ein gewisser Ausgleich da-

---

1) Vgl. ob. S.44

2) Schiffner, Erbvertrag, S. 64

3) Unter welchen Voraussetzungen die ausdrückliche Abrede einer Bedingung im einzelnen formbedürftig ist, kann hier nicht näher behandelt werden. Wir halten die Auffassung für richtig, daß die Erstreckung des Formzwanges jeweils von dessen Funktion abhängig zu machen ist (vgl. Staudinger-Coing, Anm. 12a zu § 125; ferner Soergel-Siebert-Hefermehl, RZ 7 zu § 125, jeweils mit Nachweisen; v. Tuhr, Allgem. Teil, Bd.II, 1.Hälfte, § 63 b. Note 102 (S. 509), 2. Hälfte, § 80 (S. 285), hält die Abrede einer Bedingung für nicht formbedürftig, ohne auf die Funktion des Formzwanges abzustellen; er behandelt aber nur Fälle, in denen dem Formzwang Warnfunktion zukommt.) Hiernach ist die Bedingungsabrede bei erbrechtlichen Verträgen formbedürftig, weil deren Formzwang nicht nur Warnfunktion, sondern auch Sicherungs- und Beweisfunktion zukommt (davon geht auch Heinrich Lange, Festschrift für Nottarp, S. 124, für den Erbverzicht aus).

4) Staudinger-Ferid, RZ 12 zu § 2350; vgl. auch Soergel-Ehard-Eder, RZ 1 zu § 2350.

für, daß das Gesetz den Erbverzicht als isoliertes Geschäft zwischen Erblasser und Verzichtendem ausgestaltet, das heißt, im Gegensatz zu älteren Rechten, nicht nur als Bestandteil einer Erbregelung unter Zuziehung der übrigen Beteiligten. (Vgl. unten Seite 104 f). Man wird aber mit der heute ganz herrschenden Meinung[5] auch darüber hinaus Bedingungen für zulässig halten müssen. Auch in anderen Fällen kann ein berechtigtes Interesse bestehen, den Verzicht vom Eintritt oder Nichteintritt künftiger Umstände abhängig zu machen. Ein erbrechtliches Anfechtungsrecht hat das Gesetz dem Verzichtenden nicht zuerkannt. Ob es ihm praeter legem zuzuerkennen ist, ist eine Frage für sich (Vgl. unten Kapitel 15). Aber gerade wenn der Verzichtende Zweifel hegte und daher vielleicht gar nicht irrte, ist es berechtigt, daß er seinen Verzicht von einer Bedingung abhängig macht. Berechtigte Interessen des anderen Teils werden nicht verletzt, da er sich - anders als der Empfänger einer einseitigen gestaltenden Erklärung[6] - auf den bedingten Vertragsschluß nicht einzulassen braucht.

Auch die durch den Schwebezustand eintretende Unsicherheit unterscheidet sich nicht entscheidend von der in anderen, gesetzlich anerkannten Fällen, so bei einem bedingten testamentarischen Ausschluß von der Erbfolge nach § 1938 BGB.[7] Allerdings hat das Gesetz die Rechtslage bei bedingtem Erbverzicht nicht geregelt, dies aber auch nicht für den gesetzlich anerkannten Fall des § 2350 BGB.

Soweit der Verzicht die Erbfolge ändert und die nach dem Verzichtenden berufenen gesetzlichen Erben zur Erbfolge kommen läßt, sind §§ 2104, 2105 BGB anzuwenden. Sachlich ist diese Gleichstellung mit der bedingten Verfügung von Todes wegen geboten, weil auch der bedingte Verzicht mehrere Personen nacheinander zur Erbfolge kommen läßt. Bei aufschiebend bedingtem Verzicht wird also der Verzichtende bis zum Bedingungseintritt Vorerbe; die nach ihm berufenen gesetzlichen Erben sind Nacherben (§ 2104 BGB).

---

5) Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 II 2 (S. 349); Bartholomeyczik, Erbrecht 7, § 5 4c (S. 23); Heinrich Lange, Festschrift für Nottarp, S. 123 f.; Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 33 vor § 2346; OLG Frankfurt, JZ 52, 119, unter Berufung auf Mot. V, S. 480.

6) Als Beispiel kann die Kündigung dienen, vgl. z. B. Staudinger-Coing, Vorbem. RZ 6e vor § 158 m. weit. Fundst.; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, § 48 II 4 (S. 69) m. Nachw.

7) Dessen Bedingtheit wird als zulässig vorausgesetzt, vgl. Staudinger-Lehmann, RZ 5, Erman-Bartholomeyczik, Anm. 1, RGRK-Kregel, Anm. 4, sämtlich zu § 1938.

Bei auflösend bedingtem Verzicht werden die gesetzlichen Erben Vorerben; mit dem Eintritt der Bedingung fällt dem Verzichtenden die Erbschaft an (§ 2105 BGB). Nur ein Unterschied zum bedingten testamentarischen Ausschluß von der Erbfolge ist hervorzuheben: Wenn ein pflichtteilsberechtigter Angehöriger durch bedingte letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen ist, kann er nach § 2306 BGB vor Eintritt oder Ausfall der Bedingung den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Das ist dem Verzichtenden verwehrt, weil er nicht durch eine Anordnung des Erblassers, sondern durch seinen eigenen Verzicht in der Erbfolge beschränkt worden ist.

Es ist also davon auszugehen, daß auch der Erbverzicht unter einer Bedingung erklärt werden kann, wie die - früher insbesondere im Hinblick auf die Bedingungsfeindlichkeit der Ausschlagung nicht unbestrittene[8] - Frage heute auch von der ganz herrschenden Meinung entschieden wird[9]. Die Vertragspartner können also einen Erbrechtsvertrag und ein Verkehrsgeschäft durch Bedingungen voneinander abhängig machen. Der Erbrechtsvertrag kann z.B. unter der Bedingung der Wirksamkeit oder, weitergehend, der Erfüllung eines schuldrechtlichen Geschäfts geschlossen werden.[10]

II. Die sogenannte stillschweigende Bedingung

Streit besteht aber darüber, ob eine Abhängigkeit auch dann besteht, wenn die Parteien den Erbrechtsvertrag nicht ausdrücklich unter einer Bedingung abgeschlossen haben.

Hier bietet sich eine ergänzende Interpretation des Parteiwillens scheinbar als Ausweg an. In den Abreden der Parteien sollen regelmäßig stillschweigende Bedingungen enthalten sei, weil vernünftige Kontrahenten die wirtschaftlich verbundenen Geschäfte auch rechtlich voneinander abhängig gemacht hätten.[11]

8) Harrer, ZBIFG Jg.15, S.9; dagegen Heine ebd. Jg.19, S. 201.
9) vgl. Anmerkung 5.

10) Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 124.
11) Diese auf Planck, Erbrecht, 3. Aufl., Vorbem. 4 vor § 2346 zurückgehende, in der 4. Aufl., Vorbem. 4 vor § 2346, aufgegebene Ansicht gewinnt neuerdings wieder an Einfluß, vgl. oben S. 5 mit Anm. 11.

Wenn diese Konstruktion auch in vielen Fällen zu einem dem Parteiwillen entsprechenden Ergebnis führen mag, ist doch fraglich, ob sie methodisch einwandfrei und wirklich in jedem Fall angebracht ist. Larenz[12] lehnt die sogenannte stillschweigende Bedingtheit für den Erbverzicht ab. Man dürfe durch eine Fiktion von Parteivereinbarungen nicht etwas im Wege ergänzender Auslegung zu erreichen suchen, was tatsächlich nur durch die Auffindung entsprechender oder ergänzender Vorschriften erreicht werden könne. Hinter der sogenannten stillschweigenden Vereinbarung einer Bedingung verberge sich in Wahrheit die Anwendung objektiven Rechts.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Zu der generellen Problematik der ergänzenden Vertragsauslegung, nämlich ob man in der ergänzenden Auslegung eine Vervollständigung des Vertrages aus seinem objektiven Sinn und Zweck sehen[13] oder sie ausnahmslos als Anwendung objektiven Rechts verstehen soll,[14] braucht in diesem Zusammenhang nicht Stellung genommen zu werden. Denn jedenfalls sind die der Auslegung als Entfaltung des Sinngehalts eines Rechtsgeschäfts gezogenen Grenzen dann überschritten, wenn man regelmäßig und ohne Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft von einer stillschweigenden Bedingtheit ausgeht. Auch die ergänzende Auslegung muß sich an einzelnen konkret zu beurteilenden Rechtsgeschäften orientieren. Soll ein gesetzlich-abstrakter Geschäftstypus im Wege sogenannter ergänzender Auslegung verfeinert und durchgebildet werden, ist die Berufung auf einen angeblichen Parteiwillen verfehlt. Dann wird ein fiktiver Parteiwille bemüht, um eine Lücke im Gesetz zu schließen.[15] Hinter der angeblichen Auslegung der Parteierklärungen verbirgt sich jedenfalls dann die Auslegung und Anwendung objektiven Rechts.

Die Annahme einer regelmäßigen stillschweigenden Bedingtheit des Erbverzichts möchte man ein Paradebeispiel dafür nennen, wie unter Nichtachtung der Grenzen, die der Auslegung gezogen sind, nicht eine Lücke im Vertrag, sondern eine Lücke im Gesetz durch Berufung auf einen fiktiven Parteiwillen geschlossen werden soll. Weder wird Rücksicht darauf genommen, ob ein entsprechender Wille der Beteiligten in concreto überhaupt ermittelt werden kann, noch darauf, ob eine Verbindung beider Geschäfte gerade durch

12) IherJb 81, S. 15 f.
13) Soergel-Siebert, RZ 74 f. zu § 157; Erman-Hefermehl, Anm. 7 zu § 157.
14) Henckel, AcP 159, 106; vermittelnd Larenz, NJW 63, 737.
15) Soergel-Siebert, RZ 93 zu § 157.

eine Bedingung dem Sinnzusammenhang des Erbverzichts mit dem Abfindungsversprechen gerecht wird. Unzulässigkeit und Unzulänglichkeit dieses Verfahrens erweisen sich daran, daß der Abschluß unter einer Bedingung Erbverzicht und Abfindungsvertrag nicht in jedem Fall in die gewünschte Abhängigkeit zu bringen vermag, oder, nach strengerer Auffassung, dem Parteiwillen sogar zuwiderlaufen kann.

Die ergänzende Auslegung muß daran scheitern, daß der Erbverzicht formgebunden ist, während die Abfindung formlos versprochen werden kann. Berücksichtigt man einerseits, daß Erbverzichte auch ohne Abfindungsversprechen geschlossen werden, und andererseits, daß in den problematischen Fällen des Erbverzichts gegen Abfindung die Bedingung nicht im (formgerecht geschlossenen) Erbverzicht enthalten ist, so müßte die ergänzende Auslegung schon bei der bloßen Existenz eines Abfindungsversprechens ansetzen; denn eben darin unterscheidet sich der entgeltliche von dem unentgeltlichen Erbverzicht. Dann muß aber der Formzwang des Erbverzichts auf das Abfindungsversprechen ausgedehnt werden, wenn nicht der Gedanke der ergänzenden Interpretation als Spielart der Auslegung aufgegeben werden soll. Auch die ergänzende Auslegung muß wenigstens einen Anhaltspunkt im Wortlaut der Erklärungen haben.[16] Das bedeutet für Geschäfte unter Formzwang: Sie muß von formgerechten Erklärungen ausgehen. Wie sich der Formzwang des Erbverzichts auf die ausdrückliche Bedingung erstrecken würde[17], erfaßt er die Erklärungen, aus denen auf eine stillschweigende Bedingung geschlossen werden soll.

Fehlt es an der Voraussetzung, daß auch das Abfindungsversprechen beurkundet worden ist, so kann man sogar die Formnichtigkeit des Erbverzichts erwägen, wenn man den Parteiwillen zur Verbindung von Verzicht und Abfindungsversprechen für jeden Fall voraussetzt und ernst nimmt. Die Formnichtigkeit des Erbverzichts hätte aber besonders schwerwiegende Konsequenzen, weil der Formmangel auch nicht dadurch geheilt werden könnte, daß der Erblasser die versprochene Abfindung zahlt.[18] Um dieses Ergebnis zu vermeiden, müßte schon die Annahme einer gegenseitigen Bedingtheit

16) Soergel-Siebert, RZ 75 zu § 157

17) vgl. ob. S.60 Anm.3.

18) Auf diese möglichen Konsequenzen einer "stillschweigenden Bedingtheit" macht Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 124, aufmerksam.

auf die Fälle beschränkt werden, da auch das Abfindungsversprechen beurkundet und damit eine formgerechte Auslegungsgrundlage vorhanden ist. In diesen Fällen wird aber schon eine echte Auslegung helfen können, weil mit der gleichzeitigen Beurkundung die Kontrahenten ihren Willen zur gegenseitigen Abhängigkeit der Erklärungen zum Ausdruck gebracht haben. Wenn die Beurkundung des Abfindungsversprechens unterblieben ist, führt dagegen auch die ergänzende Auslegung nicht weiter.

Die Annahme einer regelmäßigen stillschweigenden Bedingtheit des Erbverzichts ist also methodisch verfehlt. Vielmehr muß der Weg zur Herstellung einer Abhängigkeit im objektiven Rechte gesucht werden (dazu unten Seite 144 ff).

II. Die angebliche Abstraktheit der Erbrechtsverträge und ihre Bedeutung für die Möglichkeit einer Verbindung dieser Verträge mit Verkehrsgeschäften

7. Kapitel: Das Problem der Abstraktheit der Erbrechtsverträge und seine bisherige Behandlung

1. Das Problem

Nachdem gezeigt worden ist, daß Erbrechtsverträge (Erbvertrag oder Erbverzicht) und Verkehrsgeschäfte nicht durch Verschmelzung unmittelbar miteinander verbunden werden können, weil dem der Typenzwang der Erbrechtsverträge entgegensteht, soll sich die Untersuchung nun dem Problem der Abstraktheit der Erbrechtsverträge zuwenden. Damit wird die Bedeutung der Abstraktheit der des Typenzwanges gegenübergestellt. Allerdings hat der Typenzwang auch für das Verständnis der abstrakten Geschäfte Bedeutung. Denn der Typenzwang gilt auch für die möglichen Inhalte der abstrakten Geschäfte (unten S. 79 ff), nach ihrem jeweiligen Inhalt auch für deren Form. Aber das Verständnis der abstrakten Geschäfte erschließt sich erst durch Einbeziehung weiterer Gesichtspunkte.

Die Abstraktheit der Erbrechtsverträge könnte für die Möglichkeit ihrer Verbindung mit Verkehrsgeschäften eine doppelte Bedeutung haben: Einmal könnte sie die Anwendung des § 139 BGB ausschließen, wenn nämlich der abstrakte Charakter in Verbindung mit dem inhaltlichen Typenzwang der abstrakten Geschäfte die Annahme einer Geschäftseinheit verbietet (dazu unten S. 87 ff); ferner würde die Abstraktheit notwendig die Abhängigkeit von einer causa und damit die Kondizierbarkeit des Vertrages zulassen. Diese causa wäre freilich mangels synallagmatischer Verbindung nicht eine causa solvendi, vielmehr wäre die gültige Entstehung (oder auch die Erfüllung) der schuldrechtlichen Verpflichtung der mit dem Erbrechtsvertrag verfolgte Zweck im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 a.E. BGB, dessen Verfehlung eine Kondiktion des Erbrechtsvertrages ermöglichen würde. Zwischen Abstraktheit und Kondizierbarkeit besteht eine notwendige Korrelation: Keine Abstraktheit ohne Kondizierbarkeit, aber auch - soweit der Vermögensvorteil durch eine Leistung im Wege rechtsgeschäftlicher Verfügung erlangt ist - keine Kondizierbarkeit ohne Abstraktheit des Geschäfts.

Infolgedessen darf man, wenn man über die Kondizierbarkeit der Erbrechtsverträge entscheiden will, nicht isoliert die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 812 BGB untersuchen, z.B. fragen, ob ein bestimmtes Verkehrsgeschäft die causa eines Erbrechtsvertrages bildet. Vielmehr ist die Vorfrage, ob die Erbrechtsverträge sich grundsätzlich als abstrakte Geschäfte auffassen lassen. Denn wenn sie abstrakte Geschäfte wären, müßte vermöge der Korrelation von Abstraktheit und Kondizierbarkeit notwendig auch die bei der Bereicherung vorausgesetzte Beziehung auf eine causa vorhanden sein.

II. Die bisherige Behandlung der Abstraktheit der Erbrechtsverträge

Nach heute häufiger vertretener Auffassung sollen beide Erbrechtsverträge abstrakt sein,[1] während sie früher vielfach für nicht abstrakt gehalten wurden.[2] Die Rechtsprechung hat hauptsächlich den Erbverzicht als ab-

1) Staudinger-Dittmann, Vorbem. RZ 10 vor § 2274; Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 41 vor § 2346 m. weit. Nachw.; RGRK, Anm. 1 zu § 2346; Heinrich Lange, Erbrecht, § 7 I 4a (S. 65).

2) Meyer, Erbverzicht, S. 9; Crome, Erbrecht, § 664 I Anm. 8 (S. 177); Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, S. 48.

strakt bezeichnet.[3] Schließlich wird sogar die Auffassung vertreten, der Erbverzicht sei nur zu einem bestimmten Grade abstrakt, weil er sich auf die reine (erbrechtliche) Rechtsänderung beschränke, aber doch nicht kondiziert werden könne.[4] Dabei wird die vorhin behauptete Korrelation von Abstraktheit und Kondizierbarkeit also nicht angenommen. Die Frage, ob die Erbrechtsverträge abstrakte Geschäfte sind, spielte bisher nur bei Erörterung der Frage eine Rolle, ob § 139 BGB angewendet werden kann, wenn ein Erbverzicht gegen Abfindungsversprechen erklärt worden ist. Die herrschende Auffassung, die § 139 BGB für anwendbar hält[5], hat vor allem Larenz unter Berufung auf die angeblich abstrakte Natur des Erbverzichts angegriffen. Larenz meint, als abstraktes Geschäft könne der Erbverzicht die Nichtigkeit des Abfindungsversprechens nicht teilen, weil § 139 BGB im Verhältnis des abstrakten Geschäfts zu seiner causa nicht gelte.[6] Für die Anwendung des § 139 BGB auf Erbverzicht und Abfindungsversprechen werden also Schlußfolgerungen aus der angeblichen Abstraktheit des Erbverzichts gezogen.

Aber die Diskussion der Frage, ob der Erbverzicht kondizierbar ist, wurde überwiegend ohne Rücksicht auf dessen angebliche Abstraktheit geführt. Solange man bei dem Erbverzicht nicht verfügende und kausale Elemente unterscheiden wollte, konnte auch der Gedanke, die Frage seiner Kondizierbarkeit mit seiner angeblichen Abstraktheit zu verbinden, kaum aufkommen. Die früher herrschende Meinung lehnte die Kondizierbarkeit des Erbverzichts mit der Begründung ab, weder der Erblasser noch der nächstberufene Erbe erlangten durch den Verzicht auf Kosten des Verzichtenden einen Vorteil, den sie herausgeben müßten.[7] Die Beweisführung beschränkte sich also auf die Prüfung dieser konkreten Voraussetzungen des § 812 BGB.

---

3) BGHZ 37,319 (327); RG LZ 1932, 102; BayObLG NJW 58,344; hier dürften Abstraktheit und Typenzwang verwechselt worden sein, vgl. oben S. 46

4) Strohal, Erbrecht, Bd. I, § 59 I Anm. 6 (S. 528); Eder, S. 12 f.

5) Vgl. oben S. 5 mit Anm. 9

6) IherJb 81, S. 13 f., unter Berufung auf Breyhan, Abstrakte Übereignung, S. 102 ff.

7) So z.B. Strohal, Erbrecht, Bd. I, § 59 V 1 Anm. 37 (S. 54 f.); Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 94, 95 vor § 2346.

Heute gewinnt zwar die Auffassung an Bedeutung, die eine Kondiktion für zulässig hält.[8] Aber auch ihre Vertreter bringen die Frage, ob der Erbverzicht abstrakt ist und deshalb kondizierbar sein muß, nicht ins Spiel. Heinrich Lange[9] kommt allerdings dieser Fragestellung sehr nahe. Er hält den Erbverzicht für kondizierbar, weil man sich zu dessen Abschluß verpflichten könne, und der Verzicht "damit in das Grundprinzip des BGB, die Folge von Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft) und Verfügungsgeschäft eingeordnet" sei.[10] Damit ist sachlich das Verhältnis des abstrakten Geschäfts zu seiner causa beschrieben. Ob Lange wirklich auf dieses Verhältnis abzielt, bleibt jedoch zweifelhaft, weil er zugleich die Anwendung des § 139 BGB auf Erbverzicht und Abfindungsversprechen billigt[11] und in diesem Zusammenhang nicht die Frage nach der Abstraktheit des Erbverzichts stellt.

Obwohl hiernach der angeblichen Abstraktheit der Erbrechtsverträge bisher nur geringe praktische Bedeutung zuerkannt worden ist, ist doch wiederholt für oder gegen sie Stellung genommen worden. Bisher hat sich eine einheitliche Auffassung nicht gebildet. Die Gründe dafür dürften teils in der ungeklärten Stellung der Erbrechtsverträge im Rechtssystem, teils darin liegen, daß auch mit einem nicht genügend präzisierten Abstraktheitsbegriff gearbeitet worden ist:

Die historische Entwicklung des Vertrages als Institut des Erbrechts hat einer folgerichtigen systematischen Einordnung hindernd im Wege gestanden. Es wurde schon hervorgehoben[12], daß der Erbrechtsvertrag zufolge seiner geschichtlichen Entwicklung im System des Erbrechts eine Sonderstellung einnimmt. Die germanistische Vertragsform fügt sich dem auf dem Gedanken der Testierfreiheit aufbauenden romanistisch-naturrechtlichen Erbrechtssystem mit seinem Begriff des subjektiven Erbrechts als Gegenstandes einseitiger Verfügungsmacht des Erblassers nicht recht ein. Eine befriedigende Auflösung dieses Widerspruchs ist dem Gesetzgeber nicht gelungen. Davon wird auch der Streit beeinflußt, ob beide Erbrechtsverträge abstrakt sind, oder ob wenigstens der Erbverzicht zu den abstrakten Geschäften zählt. Er

8) Vgl. oben S. 5 unter (5) mit Anm. 15.
9) Festschrift für Nottarp, S. 119 ff.
10) a. a. O., S. 128 f.
11) a. a. O., S. 125.
12) Vgl. oben Kap. 2, insbes. S. 30 ff.

zeigt, welcher Spielraum infolge der ungenügenden gesetzlichen Systematisierung für die dogmatische Behandlung der Erbrechtsverträge bleibt.

Auch über den Begriff der Abstraktheit herrscht keineswegs Übereinstimmung. Die Definition wird hauptsächlich auf zwei Wegen versucht:

(1) Die Abstraktheit soll von der causa her zu bestimmen sein: Die Erbrechtsverträge seien deshalb abstrakt, weil sie keine causa in ihren Geschäftstatbestand aufnehmen könnten,[13] oder aber, sie seien nicht abstrakt, weil sie nicht notwendig oder doch regelmäßig um einer außerhalb ihrer selbst liegenden causa willen geschlossen würden.[14] Dabei entsteht eine weitere Unklarheit durch die Vieldeutigkeit des causa-Begriffs selbst. Denn causa soll bald das Motiv,[15] bald der Zweck[16] oder natürlich auch der Rechtsgrund[17] eines Rechtsgeschäfts sein.

(2) Die Abstraktheit der Erbrechtsverträge soll nach der Art ihrer Rechtsfolgen bestimmt werden: Die Abstraktheit hänge davon ab, ob die Erbrechtsverträge eine Zuwendung enthalten,[18] typische Leistungsgeschäfte sind[19] oder verfügenden Charakter haben.[20]

Bei derartigen im Gegenstand der Erbrechtsverträge sowohl wie auch in den angewendeten Maßstäben gründenden Widersprüchen konnte sich

---

13) Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 41 vor § 2346; Leonhard, Anm. IV B 1 zu § 2346.
14) Meyer, Erbverzicht, S. 9 f.
15) Oheim, S. 25.
16) v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2. Hälfte, § 72 I (S. 62 f.); Lehmann, Allgemeiner Teil, § 25 III 1c (S. 144).
17) v. Caemmerer, Festschrift f. Rabel, Bd. I, S. 343 ff.; Siber, IherJb 70, 266.
18) Vgl. Larenz, IherJb 81, 6 f.; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 25 III 1 (S. 145 f.).
19) Larenz a. a. O., S. 8 ff.
20) Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 41 vor § 2346; in diesem Sinne vielleicht auch Heinrich Lange, Festschrift für Nottarp, S. 128.

kein dogmatisch sicheres Urteil bilden. Man möchte es eine nahezu selbstverständliche Folge nennen, daß die Meinungen über die Abstraktheit der Erbrechtsverträge weit auseinandergehen.

Wenn im folgenden zunächst die Beziehungen zwischen dem abstrakten Geschäft, seiner causa und der Kondiktion im allgemeinen untersucht werden (1. Abschnitt, S. 70 ff), so soll damit auch die Grundlage für eine sichere Beurteilung der Abstraktheit und Kondizierbarkeit der Erbrechtsverträge gefunden werden (2. Abschnitt, S. 90 ff).

1. Abschnitt: Das Verhältnis des abstrakten Rechtsgeschäftes zu causa und Kondiktion

8. Kapitel: Die Abstraktheit; ihre Gemeinsamkeit und Verschiedenheit bei Verfügungsgeschäften und bei (abstrakten) Schuldverträgen

Bevor das Verhältnis des abstrakten Rechtsgeschäftes zu seiner causa und zu der Kondiktion näher behandelt werden kann, muß die Frage gestellt werden, was die Abstraktheit ihrem Wesen nach ist. Nur aus dem Entstehungsgrund des abstrakten Rechtsgeschäftes kann erklärt werden, warum das abstrakte Geschäft ohne causa und - bei deren Fehlen - ohne Kondiktionsmöglichkeit nicht bestehen kann.

Das abstrakte Rechtsgeschäft - und nur dieses Geschäft, darin liegt seine Besonderheit - wird erst durch die Zerlegung eines rechtlichen Gesamtgefüges ermöglicht. Das bringt Dulckeit[1] mit dem Satz zum Ausdruck, der dingliche Vertrag sei überhaupt nur als abstraktes Geschäft denkbar. Seine Existenz steht und fällt mit der Loslösung von einer causa, wie immer man deren Begriff auch zunächst auffassen mag. Das gilt gleichermaßen für die abstrakten Verfügungsgeschäfte wie für die abstrakten Schuldverträge.

Diese Bestimmung besagt im einzelnen nicht nur, daß das abstrakte Geschäft das Ergebnis der Verselbständigung von Teilen eines Gesamtgefüges ist. Das

1) Verdinglichung, S. 31

ist nur die eine, negativ-isolierende Seite. Der Begriff der Verselbständigung setzt vielmehr auch positiv voraus, daß zwischen den - durch die Zerlegung entstehenden - Teilen ein rechtserheblicher Zusammenhang besteht. Denn die Zerlegung führt nicht dazu, daß ein rechtlich irrelevanter (etwa aus bloßen Motiven oder dergleichen bestehender) und ein rechtlich relevanter Teil, eben das abstrakte Rechtsgeschäft, entstünde, sondern daß zwei rechtserhebliche Teile, causa und abstraktes Geschäft, entstehen. Diese positive Beziehung führt aber notwendig dazu, daß, wenn die causa fehlt, ein Ausgleich im Wege der Kondiktion stattfinden muß. Abstraktes Geschäft und Kondiktion stehen daher notwendig im Verhältnis der Korrelation.

Diese Bestimmung gilt für alle abstrakten Geschäfte. Unterschiede zwischen Verfügungsvertrag und abstraktem Schuldvertrag bestehen nur darin, wie abstrahiert worden ist, und in der Funktion, die diese Geschäfte erfüllen sollen.

1) Die Ausbildung der abstrakten Verfügungsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch geht auf eine rechtslogische Annahme zurück. Danach soll der Parteiwille die Macht haben, reine Rechtsänderungen zu setzen, ohne daß Motive der Parteien und ihre wirtschaftliche Zielsetzung zum Geschäftsinhalt gehören.[2)3)] Damit wird die dingliche Rechtsänderung von den mit ihr verfolgten Zwecken gelöst.

Eine solche Loslösung findet zwar in gewisser Weise schon bei dem Erwerb einer schuldrechtlichen Forderung gegen den Vertragspartner statt. Auch diese verschafft sich der Gläubiger nicht um ihrer selbst willen, sondern weil er mit der versprochenen Leistung bestimmte Zwecke verfolgt. Demgegenüber beschränkt sich schon die Verpflichtung des Schuldners auf einen bestimmten Inhalt, zu dem keineswegs alle den Gläubiger leitenden Moti-

---

2) Beyerle, Dinglicher Vertrag, Festschrift f. Boehmer, S. 165; Heck, Abstraktes Rechtsgeschäft, S.12, S. 44.

3) Die in Anmerkung 2 Genannten schreiben den abstrakten dinglichen Vertrag im Anschluß an Felgentraeger, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 3, S.24 ff. (34) Savigny zu, während Brandt, Eigentumserwerb, § 1 (S.8 ff.), §§ 6 ff. passim, ihn auf naturrechtliche Einflüsse zurückführt.

ve und Zwecke gehören. Relevant ist z.B. beim Darlehen der Zweck einer zeitlich begrenzten Überlassung von Geld. Relevant ist beim Synallagma der Zweck, daß die Leistung Entgelt für die Gegenleistung sein soll. Nicht relevant ist grundsätzlich, was der Darlehensnehmer mit dem geliehenen Geld, der Käufer persönlich mit der gekauften Sache tun will, was freilich - je nach Abrede - in den Inhalt des Schuldverhältnisses einbezogen werden kann. Niemals geschieht das aber für alle entfernteren Zwecke und Motive. Demgemäß wird (bei der für das abstrakte Geschäft allein wichtigen Leistungskondiktion) die Leistung nicht zur Erreichung aller persönlichen Zwecke, sondern grundsätzlich nur zur Erfüllung der Schuldverpflichtung, d.h. solvendi causa, erbracht. Auch im Falle der Leistung ob causam datorum, bei der eine Verpflichtung und daher eine causa solvendi meist fehlen, kommt nur der ("nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts") verabredete Leistungszweck als causa in Betracht, nicht weitere Motive und Zwecke. Bei den abstrakten Verfügungsgeschäften wird aber weiter auch von der causa in diesem schon begrenzten Sinne abstrahiert. Ihr Zweck ist allein die durch sie herbeizuführende Rechtsänderung. Da deren Herbeiführung beim Abstraktionssystem in dem Verpflichtungsgeschäft nicht enthalten, sondern dem Verfügungsgeschäft vorbehalten ist, kann sie nur durch ein weiteres Rechtsgeschäft herbeigeführt werden. So kann man zur Notwendigkeit eines besonderen abstrakten Verfügungsgeschäfts kommen.

Das abstrakte Verfügungsgeschäft ist also durch die Verselbständigung eines eigentlich unselbständigen Teils aus einem komplexen Gesamtgeschäft entwickelt worden. Nur wenn die Verfügung sowie die sie rechtfertigenden schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber in einem einheitlichen Gesamtgeschäft vereinigt sind, liegt ein wirklich kausales Geschäft in dem Sinne vor, daß der Gesamtzusammenhang von causa und Rechtsänderung gewahrt bleibt und die Wirksamkeit der dinglichen Rechtsänderung unmittelbar von den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsbeteiligten abhängt. Ein Beispiel für ein solches kausales Rechtsgeschäft bietet heute der Verlagsvertrag. Die Kontrahenten gestalten das Verlagsrecht zusammen mit ihren obligatorischen Rechtsbeziehungen. Entstehung und Dauer des Verlagsrechts hängen von der Wirksamkeit der obligatorischen Rechtsbeziehungen ab (§ 9 Abs. 1 Verlagsgesetz). Schuldrechtliche und verfügende Elemente sind voneinander nicht geschieden.[4)]

4) BGHZ 27, 90 (94)

2) Die abstrakten Schuldverträge unterscheiden sich dadurch von kausalen Schuldverträgen, daß die Loslösung ihres Inhalts von den Zwecken und Motiven der Kontrahenten weiter geht als bei diesen. Sie enthalten nicht mehr, als zur Charakterisierung der versprochenen Verpflichtung notwendig ist. Auch Zwecke, die sonst in den Inhalt der Schuldverpflichtung aufgenommen werden, beim Darlehen z.B. die zeitweilige Überlassung von Geld[5], bleiben außerhalb der Parteiabreden. Im Gegensatz zu den sonstigen Verträgen entziehen abstrakte Schuldverträge diese Momente der richterlichen Beurteilung. Das heißt aber: Ihr Mindestinhalt liegt noch unter dem, was das Gesetz sonst zur Beurteilung des Rechtsbestandes, und zwar des endgültigen Bestandes einer Verpflichtung verlangt. Der Richter hat nur mehr die formale Übereinstimmung des Parteiwillens zu prüfen, sofern sie nur die versprochene Rechtsänderung hinreichend kennzeichnet. So wird der Verpflichtung zu besonderer Entschiedenheit verholfen und das Beweis- und Prozeßrisiko zu Lasten des Schuldners verändert.[6] Deshalb ist ihre Wirkung wie die der Verfügungsgeschäfte nur eine vorläufige. Der Rückgriff auf den Inhalt des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses bleibt vorbehalten. Der Ausgleich geschieht gegebenenfalls durch Kondiktion.[7]

Insofern haben die abstrakten Verbindlichkeiten ein ähnliches Verhältnis zu den normalen Schuldverträgen wie die Verfügungsgeschäfte.

Auch bei den abstrakten Schuldverträgen reicht der reduzierte Tatbestand für die Feststellung ihres endgültigen Bestandes nicht aus. Dazu bedarf es des Rückgriffs auf die ausgeschiedenen Tatbestandselemente. Auch die vorläufige Anerkennung der abstrakten Verbindlichkeit beruht also auf der Zerlegung eines Gesamtgefüges. Aber es bedeutet eine Begriffsvertauschung, wenn die h. Lehre deshalb alle nicht abstrakten Schuldverhältnisse als kausale bezeichnet.[8] Damit soll gesagt sein, daß diese ihre eigene causa enthalten, d.h. daß ihr Tatbestand alles enthält, wovon ihr endgültiger Bestand abhängt, aber eben nur ihr Bestand als Verpflichtungsgeschäft. Von einer Einbeziehung der herbeizuführenden Rechtsänderung ist keine Rede. Insofern bleibt es bei der Zerlegung des Gesamttatbestandes. Wenn man die

5) vgl. oben S. 71 f.
6) Enneccerus-Lehmann, SchuldR, § 200 I (S. 817).
7) Vgl. etwa Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 59 I (S. 331).
8) Vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2. Hälfte, § 72 III (S. 81); Lehmann, Allgemeiner Teil, § 25 III 2 (S. 148); Larenz, SchuldR, Bd. II, § 62 I a (S. 367).

normalen Schuldverträge als kausal, das heißt als "innere" causa ihrer eigenen Geltung bezeichnet, wird also der Begriff der causa in einem wesentlich anderen Sinne gebraucht, als wenn man von ihnen als causa des Verfügungsgeschäfts redet, oder als wenn man ein Verfügungsgeschäft (wie den Verlagsvertrag) als kausal bezeichnet.[9)]

Daß es sich hierbei nicht nur um terminologische, sondern um sachliche Unterschiede handelt, wird sogleich klar werden.

3) Nachdem nämlich Wesen und Bedeutung der Abstraktheit für Verfügungsgeschäfte und (abstrakte) Schuldverträge dargelegt sind, bedarf es schließlich noch einer Abgrenzung dieser Geschäfte, insbesondere der Verfügungsgeschäfte, von Rechtsgeschäften mit ebenfalls beschränktem Inhalt, die nicht auf eine causa bezogen sind. Es gibt Rechtsgeschäfte, die, ohne abstrakt zu sein, eine unmittelbare Rechtsänderung enthalten, und bei denen auch eine ähnlich weitgehende Loslösung von den Motiven und Zwecken der Kontrahenten stattfindet wie bei den abstrakten Geschäften. Diese Geschäfte sind von sonstigen Absprachen und Regelungen, die die Parteien treffen, unabhängig, während der endgültige Bestand abstrakter Geschäfte vom Bestande der causa abhängt. Als Beispiele können etwa Geschäfte angeführt werden, die den familienrechtlichen Status ändern, wie Eheschließung oder Adoption. Der Tatbestand dieser Geschäfte ist ähnlich begrenzt wie der abstrakter Rechtsgeschäfte. Er beschränkt sich auf die übereinstimmende Parteierklärung über den Eintritt der Rechtsänderung, die durch die Parteierklärungen endgültig herbeigeführt wird. Die aus dem Geschäftstatbestand ausgeschlossenen Motive und Zwecke oder weiter getroffenen Abreden sind für die endgültige Wirksamkeit dieser Geschäfte irrelevant, ja, die Kontrahenten können weitere vorausgesetzte Zwecke nicht in dem Sinne zum Inhalt der Geschäfte erheben, daß davon die endgültige Wirksamkeit der Geschäfte abhängen könnte.

Nur ausnahmsweise, nämlich bei konkreter gesetzlicher Anordnung, beeinflussen Zwecksetzungen die Gültigkeit solcher Geschäfte. So ist die Verein-

9) Siber, Iher.Jahrb. 70,266, weist auf die doppeldeutige Verwendung des Begriffs "kausal" hin. vgl. auch Larenz, Schuldrecht, Bd.II, § 62 I a (S. 367), der der Frage aber eher nur terminologische Bedeutung beimißt.

barung, eine Ehe solle nur geschlossen werden, um der Ehefrau den Namen des Mannes zu verschaffen, ein Ehenichtigkeitsgrund (§ 19 Abs.1 Ehegesetz) und kann durch Ehenichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Das ist aber der einzige (erst durch das Ehegesetz von 1938 eingeführte) Nichtigkeitsgrund dieser Art.

Diese Geschäfte haben also keine causa im üblichen Sinne des Begriffs. Sie stehen außerhalb des Funktionszusammenhanges, der abstrakte Rechtsgeschäfte mit ihrer causa verbindet.[10)11)] Das ist auch unbestritten, wird aber manchmal negativ so ausgedrückt, solche Geschäfte trügen ihre causa in sich selbst und könnten deshalb nicht einer anderen causa wegen geschlossen werden.[12)] Dieser Sprachgebrauch entspricht genau dem, der die Schuldverträge als kausale Geschäfte bezeichnet. Denn wie diese enthalten Eheschließung und Adoption alle Elemente, von denen ihr endgültiger Bestand abhängt. Aber hier zeigt sich auch der sachliche Unterschied in den verschiedenen Bedeutungen des Wortes "kausal": Anders als die Schuldverträge können Eheschließung oder Adoption nicht causa eines (anderen) Verfügungsgeschäftes sein.

Die Vorstellung einer nur für bestimmte Geschäftstypen geltenden Art von "causa", etwa einer "causa" der Eheschließung, ist überflüssig und verdunkelt zudem noch die besondere Bedeutung der causa für das abstrakte Rechtsgeschäft.

Die Erbrechtsverträge können zu dieser Art von Rechtsgeschäften nur gehören, wenn sie nicht abstrakt, d.h. nicht auf eine causa in diesem Sinne bezogen sind.

---

10) Meyer, Erbverzicht, S. 9 f.

11) Oertmann, Vorbem. 7a vor § 104, weist zutreffend darauf hin, daß für das Familienrecht der Gegensatz: Verpflichtung - Verfügung nicht gilt.

12) Walsmann, Verzicht, S. 297.

9. Kapitel: Die Korrelation des abstrakten Geschäfts und des Bereicherungsanspruchs

Für die weitere Untersuchung ist bedeutsam, daß der Zusammenhang zwischen dem abstrakten Rechtsgeschäft und der causa, die von ihm positiv vorausgesetzt wird, durch die Kondiktion wiederhergestellt wird. Eine materielle Bestimmung, die auf alle denkbaren causae zuträfe, soll hier nicht versucht werden.[1] Denn mit Hilfe einer solchen Bestimmung könnte doch nicht über die Abstraktheit der Erbrechtsverträge entschieden werden. Es gibt keine speziellen causae je nach dem Inhalt der abstrakten Geschäfte. Ob einer Rechtsbeziehung causa-Qualität zukommt, ist nur als Voraussetzung einer etwa zuzubilligenden Kondiktion relevant. Die Kondiktion kann aber auf alle Vermögensvorteile gerichtet sein. Diese brauchen nicht einmal durch ein abstraktes Geschäft erlangt zu sein. Auch die heute unbestrittene Einteilung der Kondiktionen in Leistungskondiktionen einerseits und Eingriffskondiktionen (auf Bereicherungen in sonstiger Weise), § 812 Abs. I S. 1 2. Alt., andererseits[2] erlaubt keine Bestimmung der causae nur und gerade abstrakter Geschäfte. Zwar erscheint die causa als geschäftliche causa nur bei Leistungskondiktionen und die ungerechtfertigte Zuwendung durch abstrakte Geschäfte bildet wiederum den Hauptfall der Leistungskondiktion. Aber unter den Leistungsbegriff fallen auch Zuwendungen anderer Art,[3] ohne daß ein Unterschied in der causa hervortreten müßte. Soll z.B. ein Schadensersatzanspruch aus Sachbeschädigung getilgt werden, so ist die causa der Leistung dieselbe, wenn die beschädigte Sache repariert, also eine Arbeitsleistung erbracht wird oder gegen eine andere Sache eingetauscht oder wenn für ihren Minderwert Ersatz geleistet wird, also eine Zuwendung durch eine Verfügung stattfindet.

Die causa soll deshalb nur nach ihrer Bedeutung für das abstrakte Rechtsgeschäft bestimmt werden: Sie ist die Rechtsbeziehung, die zur endgültigen Rechtfertigung eines abstrakten Geschäfts erforderlich ist und dessen Kondik-

---

1) Siehe dazu v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2. Hälfte, § 72 I (S. 62 ff); Lehmann, Allgemeiner Teil, § 25 III 1 c (S. 146); v. Caemmerer, Festschrift f. Rabel, Bd. I, S. 343 ff.

2) Esser, Schuldrecht, § 189 1 (S. 776 ff.) und § 195 (S. 804 ff.); Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 62 (S. 364).

3) v. Tuhr, a. a. O. unter V 3 (S. 102).

tion ausschließt oder, wenn sie fehlt, die Kondiktion ermöglicht. Auch die Festsetzung der causa geschieht regelmäßig durch Vertrag.[4]

Dadurch, daß die (äußere) causa über die Endgültigkeit eines abstrakten Geschäfts entscheidet, sind das abstrakte Rechtsgeschäft und der Bereicherungsanspruch funktionell aufeinander bezogen. Wie schon bemerkt wurde,[5] ist dieser Zusammenhang an die Stelle der unmittelbaren Verbindung getreten, die in einem kausalen Gesamtgeschäft bestehen würde. Das abstrakte Rechtsgeschäft wäre ohne die Eröffnung der Kondiktion bei fehlerhafter causa prinzipiell nicht zu rechtfertigen.[6] Deshalb muß jedes abstrakte Rechtsgeschäft bei fehlerhafter causa kondiziert werden können.

Die für die Beurteilung der Abstraktheit der Erbrechtsverträge wichtige Frage ist also, ob jedes abstrakte Rechtsgeschäft auch wirklich der Kondiktion nach deren gesetzlichen Voraussetzungen unterliegt. Nur dann wird mit dem negativen Urteil über die Abstraktheit zugleich notwendig die Kondizierbarkeit der Erbrechtsverträge verneint.

Im folgenden soll der Nachweis versucht werden, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch die Korrelation zwischen abstraktem Geschäft und Kondiktion eine wirklich konsequente Ausprägung gefunden hat und die These berechtigt ist, daß jedes abstrakte Geschäft nach den konkreten Voraussetzungen des § 812 BGB kondiziert werden kann. In der Literatur ist diese Beziehung, die man etwa als sachliche Kongruenz kennzeichnen mag, vielleicht, weil man sie als selbstverständlich voraussetzte, bisher nicht näher gewürdigt worden. Sie wird nur gelegentlich berührt (aber nicht behandelt), wenn die Bedeutung der Kondiktion für das abstrakte Rechtsgeschäft hervorgehoben wird.[7]

---

4) Vgl. v. Caemmerer, Festschrift f. Rabel, Bd.I, S. 343 ff.; Siber, IherJb 70, S. 266.

5) Vgl. oben S.70.f.

6) Mot. II, S.830.

7) So beispielsweise bei Larenz, IherJb 81, S.1 und Breyhan, Übereignung, S.21.

1. Der Inhalt der Leistungskondiktion

§ 812 BGB gibt einen Anspruch auf Herausgabe des durch ein Rechtsgeschäft oder in sonstiger Weise Erlangten. Gegenstand der Kondiktion ist in allen Fällen ein Vermögensvorteil. Im Blick auf die Kondizierbarkeit und Abstraktheit der Erbrechtsverträge interessiert nur der Vermögenserwerb durch rechtsgeschäftliche Zuwendung. Sein Ausgleich geschieht im Wege der Leistungskondiktion. Die typischen abstrakten Rechtsgeschäfte wie etwa die Verfügungen über dingliche Rechte lösen bei Mängeln der causa sämtlich die Leistungskondiktion aus.[8)9)] Bei der Leistungskondiktion richtet sich nun der Bereicherungsanspruch nicht gegen den Bestand des Zuwendungsgeschäfts selbst, sondern gegen den Fortbestand seiner Rechtsfolgen, die in dem "Behaltendürfen" des erlangten Vermögensvorteils bestehen. Die Aufhebung des Zuwendungsgeschäftes kann nicht verlangt werden. Der Bereicherungsgläubiger hat nur einen Anspruch auf Ausgleich des erlangten Vermögensvorteils. Das Zuwendungsgeschäft selbst ist als bloßes Mittel der Vorteilserlangung seinem Zugriff entzogen.[10)]

Daran, daß die Kondiktion nicht auf Beseitigung des (alten) Zuwendungsgeschäfts, sondern auf Ausgleich des Erlangten durch ein neues Zuwendungsgeschäft gerichtet ist, ändern natürlich auch die Modifikationen nichts, die der Bereicherungsanspruch in § 818 Abs.2 und 3 BGB oder durch Rechtsprechung und Lehre mit der sogenannten Saldotheorie[11)] und ähnlichen Konstruktionen[12)] erfährt. Die Berücksichtigung vermögensmindernder Leistungen oder die Verpflichtung zum Wertersatz, wenn das ursprünglich Erlangte nicht herausgegeben werden kann, kann zwar zu einer Umgestaltung des Kondiktionsanspruches führen, aber nicht in der Weise, daß an die Stelle des Ausgleichs durch ein neues Zuwendungsgeschäft die Auf-

8) Vgl. oben S.77 mit Anm.7.

9) Verfügungen Nichtberechtigter können hier außer Betracht bleiben.

10) Vgl. Schöninger, Leistungsgeschäfte, S.184 und S.196.

11) Dazu z.B. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 227 III 3 (S.912 f.), m.weit.Nachw.; Staudinger-Seufert, RZ 45 ff. zu § 818.

12) Esser, Schuldrecht, § 199 4 (S.821 ff.) m.Nachw.

hebung des Leistungsgeschäfts durch contrarius consensus gesetzt würde.

§ 812 BGB gewährt demnach einen Anspruch auf Abschluß eines neuen entgegengesetzt wirkenden Leistungsgeschäfts. Die Bereicherung um das Eigentum wird durch Rückübereignung, die in der Befreiung von einer Verbindlichkeit liegende Bereicherung wird durch Neubegründung der Verbindlichkeit ausgeglichen.[13] Die Zuwendung wird durch contrarius actus rückgängig gemacht und nicht durch contrarius consensus rückwirkend beseitigt.

Das Verhältnis dieser beiden Begriffe ist in der Literatur bisher nicht eindeutig bestimmt. Will man sie abgrenzen, so ist der Begriff des contrarius actus auf Verfügungsgeschäfte zu beziehen, die über einzelne Gegenstände einschließlich verselbständigter Einzelforderungen geschlossen werden, der Begriff des contrarius consensus auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung von Rechtsverhältnissen im ganzen, insbesondere von Schuldverhältnissen einschließlich der noch nicht durch Abtretung, Abstrahierung oder dergleichen verselbständigten Forderungen.[14] Näher ist das Verhältnis beider Begriffe folgendermaßen zu bestimmen: Unter actus contrarius ist ein Rechtsgeschäft zu verstehen, welches nach seinem Inhalt die Rechtsfolgen eines anderen Geschäfts rückgängig macht, dieses aber nicht rückwirkend beseitigt, und - wie das rückgängig zu machende Verfügungsgeschäft - nach Inhalt und Form dem Typenzwang unterliegt.[15] Demgegenüber untersteht der contrarius consensus der Vertragsfreiheit,[16] kann daher die eingetretenen Rechtsfolgen rückwirkend beseitigen,[17] unterliegt auch dann nicht einer Form, wenn diese bei Begründung der Rechtsfolgen notwendig

---

13) H. A.: Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 227 I 1 (S. 909); Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 64 I (S. 391), und besonders IherJb 81, 13; Esser, Schuldrecht, § 198 2 (S. 816); Oertmann, Vorbem. 3 vor § 812; Staudinger-Seufert, RZ 1 zu 818.

14) Esser, Schuldrecht, § 9 1 (S. 28).

15) Vgl. unten S. 80.

16) Esser a. a. O.

17) So Happek, ArchBürgR 35, S. 411 f., 418, 420, für noch nicht erfüllte Verträge; zweifelnd v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1. Hälfte, § 43 I (S. 28 f.) und § 50 VII (S. 175); Gschnitzer, IherJb 76, S. 375 f.

war, und kann daher durch formlose Einigung vollzogen werden.

II. Der actus contrarius als Mittel der Kondiktion einer Leistung durch abstraktes Rechtsgeschäft

Dem Inhalt der Leistungskondiktion entspricht es hiernach, daß die abstrakten Rechtsgeschäfte jeweils durch ein entgegengesetzt wirkendes Rechtsgeschäft wieder rückgängig gemacht werden können. Deshalb muß es geben und gibt es für jedes abstrakte Geschäft ohne causa einen ihm entsprechenden contrarius actus, der die Rückgängigmachung des abstrakten Geschäftes erlaubt, ohne daß dieses selbst aufgehoben werden müßte. Das ursprüngliche Rechtsgeschäft und der contrarius actus ergänzen einander in der Weise, daß die durch das erste Rechtsgeschäft bewirkte Rechtsänderung trotz fortdauernder Wirksamkeit des ersten Geschäfts wieder vollkommen beseitigt werden kann. Diese Wirkung des contrarius actus wird durch den Typenzwang der abstrakten Geschäfte den Kontrahenten gegenüber gesichert. Er gewährleistet, daß beide Geschäfte wie im Tatbestand so in den Rechtsfolgen einander genau entsprechen.

Diese Korrespondenz tritt besonders klar hervor, wenn abstrakte Übertragungen rückgängig gemacht werden, die nur die Zuständigkeit eines Rechts - ohne gleichzeitige Änderung ihres Inhalts - betreffen. Hier werden die Rechtsfolgen des ursprünglichen Rechtsgeschäfts nur bezüglich der Subjekte des betroffenen Rechts durch ein neues gleichartiges Geschäft mit umgekehrten Parteirollen rückgängig gemacht. Hierher gehören alle Fälle der Rechtsübertragung, wie Übereignung, Forderungsabtretung oder Schuldübernahme.

In einer zweiten Form erscheint der actus contrarius bei Rechten, die erst bei der Übertragung begründet worden sind (konstitutive Rechtsübertragung und Begründung abstrakter Verbindlichkeiten). Hier kommt ein dem Erwerbsgeschäft gleichartiges Rechtsgeschäft als contrarius actus nicht in Betracht. Die Funktion des contrarius actus muß von Rechtsge-

geschäften mit entgegengesetzter rechtsändernder Wirkung übernommen werden. So korrespondieren bei den sachenrechtlichen Geschäften die konstitutive Rechtsübertragung und die Aufhebung beschränkter dinglicher Rechte. Dasselbe Verhältnis besteht bei Forderungen, die durch abstraktes Rechtsgeschäft begründet sind. Die Kondiktion einer abstrakten Verbindlichkeit geschieht durch Erlaßvertrag, die Kondiktion ihres Erlasses durch Abgabe eines neuen abstrakten Schuldversprechens.

Die sachliche Kongruenz zwischen Leistungskondiktion und abstraktem Geschäft liegt demnach darin, daß eine Zuwendung durch abstraktes Rechtsgeschäft mittels eines neuen abstrakten Geschäfts - des contrarius actus - ausgeglichen werden soll; der Ausgleich kann auch wirklich auf diesem Wege stattfinden, weil es für jedes abstrakte Geschäft einen contrarius actus gibt.

III. Ausschluß des contrarius consensus für das abstrakte Geschäft

Folgerungen können aus dieser Kongruenz aber nur dann abgeleitet werden, wenn nachgewiesen werden kann, daß ihr ein sinnvolles Prinzip zugrunde liegt.

Aus dem funktionellen Zusammenhang zwischen abstraktem Geschäft und Leistungskondiktion[18] kann nur die Notwendigkeit einer Kongruenz, die die Kondiktion überhaupt ermöglicht, erklärt werden, nicht aber, daß der Ausgleich gerade durch einen korrespondierenden contrarius actus stattzufinden hat. Der innere Grund dafür, daß die Bereicherung durch actus contrarius und nicht durch contrarius consensus ausgeglichen wird, ergibt sich aus dem Unterschied in den Wirkungen beider Geschäfte. Der actus contrarius bedeutet, wie schon dargelegt,[19] daß die Folgen des früheren Leistungsgeschäfts rückgängig gemacht, aber nicht rückwirkend beseitigt werden. Dagegen würde die Zulassung des contrarius consensus den Parteien

18) Vgl. oben S. 77
19) Vgl. oben S. 79 f.

vermöge der Vertragsfreiheit die Möglichkeit eröffnen, die Rückwirkung zu vereinbaren. Das steht den Parteien für ihre eigenen Beziehungen frei, nicht aber für die Wirkungen ihrer Verfügungsgeschäfte, die die Rechtsstellung Dritter berühren. Der Abstraktionsgrundsatz soll deren Rechtsstellung von den inneren Parteibeziehungen unabhängig stellen und im Verhältnis zu Dritten einschließlich der Gläubiger der Parteien eine klare Güterzuordnung schaffen.

Die Parteien können das abstrakte Geschäft nicht einverständlich rückwirkend aufheben. Bleiben sie bei der Leistungskondiktion stehen, können sie das Geschäft nur durch einen ihm entsprechenden contrarius actus mit Wirkung ex nunc rückgängig machen. Treffen sie eine abweichende Regelung, schließen sie etwa einen Vergleich, der an die Stelle der Leistungskondiktion treten soll, so wirkt auch dieser nicht zurück, sondern nur für die Zukunft. Insoweit setzt das Verkehrsinteresse der Privatautonomie Schranken. Ob abstrakte Verfügungsverträge wieder beseitigt werden können, ist für die Kontrahenten selbst nahezu gleichgültig. Wenn sie sich über die Beseitigung der Rechtsfolgen geeinigt haben, wäre die Qualifikation ihrer Einigung als contrarius actus oder als contrarius consensus unerheblich. Offenbar deshalb ist der Unterschied von actus und consensus contrarius bisher nicht behandelt worden. Aus der Notwendigkeit des actus contrarius folgt, daß er nach Inhalt und Form dem Typenzwang des abstrakten Geschäfts unterliegt. Soweit sich daraus besondere Formerfordernisse ergeben, tritt der Unterschied zwischen actus und consensus contrarius ohne weiteres auch äußerlich hervor: Rechte an Grundstücken werden durch Einigung und Eintragung begründet (§ 873 BGB). Der korrespondierende actus contrarius besteht aus Aufgabeerklärung und Löschung (§ 875 BGB). Mit der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch wird die Verfügung der Disposition der Kontrahenten entzogen. Die Rechtsübertragung erfordert ebenfalls die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Deshalb wird die Einigung der Kontrahenten spätestens mit der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch bindend,[20] und die frühere Rechtslage kann nur durch erneute Auflassung und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch wiederhergestellt werden.

20) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 38 IV (S.124).

Auch für die nach § 929 S.1 BGB zur Übereignung beweglicher Sachen erforderliche Einigung schließt das im Grundsatz durchgeführte Traditionsprinzip[21] die rückwirkende Aufhebung durch bloße Einigung aus. Die Übereignung kann ohne eine entsprechende Änderung der Besitzlage nicht wieder rückgängig gemacht werden. Die brevi manu traditio (§ 929 S.2 BGB) läßt zwar die Einigung allein genügen, wenn der Erwerber schon im Besitz der Sache ist. Dementsprechend wird auch die Kondiktion auf Rückübereignung einer Sache durch bloße Einigung vollzogen, wenn der Kondiktionsgläubiger schon den Besitz an der Sache hat. In allen anderen Fällen muß aber die Besitzlage zugunsten des Kondiktionsgläubigers geändert werden. Der contrarius consensus ist also auch hier grundsätzlich wirkungslos.

Schließlich sei noch die Aufhebung des Pfandrechts an beweglichen Sachen erwähnt. Das Pfandrecht wird durch Verzicht nach § 1255 Abs.1 BGB oder durch die Rückgabe des Pfandes nach § 1253 Abs.1 BGB aufgehoben. Die Aufhebung des Verpfändungsvertrages sieht das Gesetz nicht vor. Dasselbe gilt für das Pfandrecht an Rechten (§§ 1273 Abs.2, 1278 BGB).

Aber auch bei Verfügungen über abstrakte Verbindlichkeiten (über andere siehe sogleich) ist deren rückwirkende Aufhebung ausgeschlossen. Sie können nur im Wege des Erlasses beseitigt und bei Aufhebung des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses kondiziert werden. Anderenfalls könnte in inzwischen entstandene Rechte Dritter eingegriffen werden.

Unabhängig davon, ob besondere Formerfordernisse bestehen, unterliegen alle actus contrarii dem inhaltlichen Typenzwang der abstrakten Geschäfte. Dieser ist sogar das primäre. Denn einerseits bestimmt sich nach dem Inhalt die Notwendigkeit besonderer Formen. Andererseits gewährleistet er die inhaltliche Kongruenz der Folgen des auszugleichenden und des ausgleichenden Geschäfts.

Bei der Aufhebung nicht abstrakter, in einem Schuldverhältnis stehender Forderungen bedarf es noch einer genaueren Darlegung des Verhältnisses von actus contrarius und contrarius consensus. Hier scheint es an der Kon-

21) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 66 vor I (S.234).

gruenz zu fehlen, weil der Erlaß einer Einzelforderung nicht der korrespondierende actus contrarius zu der Begründung des Schuldverhältnisses ist. Aber das widerstreitet nicht der hier vertretenen These, die besagt, daß jeder durch abstraktes Rechtsgeschäft erlangte Vermögensvorteil durch actus contrarius kondiziert, daß andererseits ein abstraktes Geschäft nicht durch contrarius consensus beseitigt werden kann. Denn die Begründung von Forderungen (auch auf eine Spezies) durch Abschluß eines (nicht abstrakten) Schuldvertrages ist kein abstraktes Rechtsgeschäft. Daher können Forderungen, die nicht (z.B. durch Abtretung oder Verpfändung) von einem Schuldverhältnis isoliert sind, auch nicht Gegenstand einer Kondiktion sein,[22] und der Erlaß scheidet als Mittel der Kondiktion solcher Forderungen aus. Sie werden vielmehr durch einen sich auf das ganze Schuldverhältnis beziehenden Aufhebungs- oder Änderungsvertrag, also durch contrarius consensus, beseitigt.[23] Er unterliegt der Vertragsfreiheit, und es kann Rückwirkung vereinbart werden, als ob das Geschäft nicht geschlossen worden wäre.[24] Das Erlöschen der Einzelforderung ist hier Folge der Aufhebung oder Änderung des Schuldverhältnisses, in dem sie wurzelt.

Eine Begrenzung der Rückwirkung durch contrarius consensus tritt ein, wenn Dritte, z.B. durch Abtretung oder Verpfändung, die Forderung oder Rechte an ihr erwerben. Auch dann wurzelt die Forderung inhaltlich zwar noch in dem Schuldverhältnis, und Einreden aus diesem können dem Zessionar oder Pfandgläubiger entgegengesetzt werden. Nur der Erwerb durch den Dritten, das heißt der Subjektswechsel beruht auf einem abstrakten Verfügungsgeschäft, und nur dieser Übergang kann gegebenenfalls durch actus contrarius kondiziert werden. Die Forderung selbst ist also noch nicht abstrakt, wohl aber aus dem Schuldverhältnis soweit isoliert, daß sie einem Erwerb Dritter durch abstraktes Rechtsgeschäft zugänglich wird. Deshalb kann sie ohne Zustimmung des Dritten nicht mehr vom ursprünglichen Gläubiger und Schuldner aufgehoben werden.

---

22) v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd.II, 2. Hälfte, § 71 I 4 (S.54).

23) Zur Zulässigkeit solcher Verträge vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd.I, § 28 I, II (S.336 f.), § 9 I (S.98 ff.); Esser, Schuldrecht, § 84 (S.370 ff.)

24) vgl. oben S.79 f.

Dadurch wird aber die Möglichkeit ihrer rückwirkenden Beseitigung durch contrarius consensus auf Grund der Vertragsfreiheit nur soweit ausgeschlossen, wie sich die selbstverständliche Begrenzung der Verfügungsbefugnis durch Rechte Dritter geltend macht. Fallen diese (z.B. infolge Tilgung der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung) fort, so tritt die Wirkung der Abrede unter den ursprünglichen Parteien voll in Kraft.

Der Erlaßvertrag ist demnach nicht contrarius actus zur Begründung eines nicht abstrakten Schuldverhältnisses. Die umgekehrte Streitfrage, ob die Aufhebung einer Forderung (durch die Parteien des Schuldverhältnisses oder durch Vertrag des Zessionars mit dem ursprünglichen Schuldner oder des Gläubigers mit dem Schuldübernehmer) ein abstrakter Vertrag ist,[25] hat nur folgende Bedeutung: Wäre die Aufhebung ein abstrakter Erlaßvertrag, so müßte der erlangte Rechtsvorteil nach der hier vertretenen These durch contrarius actus, also durch ein abstraktes Geschäft kondizierbar sein. Das wäre denkbar durch Neubegründung einer der erlassenen entsprechenden Forderung im Wege eines abstrakten Schuldvertrages. Es wäre aber die Frage, wieweit die wieder begründete Forderung, namentlich hinsichtlich der Beweislast für die Einreden aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis, mit der erlassenen Forderung inhaltsgleich wäre.

Indessen ist der "Erlaß" nicht abstrakter Verbindlichkeiten kein abstraktes Geschäft. Die angebliche Abstraktheit des Erlaßvertrages auch in diesem Fall[26] hat weder praktischen Sinn, noch ist sie dogmatisch haltbar. Ihre praktische Bedeutung soll, wie z.B. ihre Begründung durch Leonhard[27] zeigt, auf dem Gebiet der Beweislast liegen. Jedoch trifft den Gläubiger der Beweis für die Unwirksamkeit der dem Erlaß zugrunde liegenden Verpflichtung in jedem Falle: Wenn er den Erlaß kondiziert, weil dessen Rechtsgrund fehle oder weggefallen sei, hierfür; wenn deshalb, weil das

25) Esser, Schuldrecht, § 84 2c (S.371); Larenz, Schuldrecht, Bd.I, § 28 I (S.336); Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 42 II (S.186 f.), § 74 I 4 (S.295).

26) Nach h.A. ist der Erlaß regelmäßig abstrakt, vgl. etwa Soergel-Siebert-Schmidt, RZ 5 § 397; RGRK Anm.1, 11, § 397.

27) Allgemeines Schuldrecht, § 327 (S.635 f.).

zugrunde liegende Geschäft mangelhaft sei, hierfür.[28]

Auch im übrigen ist diese Auffassung nicht haltbar. Worauf sollte die Erklärung des Schuldners zur Wiederherstellung einer (nicht abstrakten) Forderung gerichtet sein? Wie sollte man sich die Wiedereinbeziehung einer neu begründeten Forderung in die übergreifende Bindung des ursprünglichen Schuldverhältnisses[29] vorzustellen haben? Wenn in dem Erwerb einer Forderung durch nicht abstrakten Schuldvertrag kein Vermögensvorteil im Sinne des Bereicherungsrechts liegt, so ist es auch widersprüchlich, den ungerechtfertigten Erlaß einer solchen Forderung als einen der Kondiktion unterliegenden Vermögensvorteil zu behandeln und vom Schuldner eine besondere Wiederbegründung der Forderung zu verlangen. Deshalb wird der Erlaßvertrag über eine nicht abstrakte Forderung besser als (ebenfalls nicht abstrakter) Schuldänderungsvertrag ausgefaßt.[30] Es kann also festgehalten werden, daß die sachliche Kongruenz zwischen Leistungskondiktion und abstraktem Geschäft sich nicht nur als im Gesetz konsequent durchgeführt, sondern auch als dem Prinzip der Abstraktion entsprechend erweist. Deshalb fällt mit dem negativen Urteil über die Kondizierbarkeit eines Geschäfts zugleich das (negative) Urteil über seine Abstraktheit, und umgekehrt führt das positive Urteil über die Abstraktheit eines Geschäfts notwendig zu dessen Kondizierbarkeit.

---

28) Daß der Gläubiger auch seinen Irrtum über die Verpflichtung zum Erlasse zu beweisen habe (vgl. Leonhard a.a.O.), stünde in direktem Widerspruch zu § 814 BGB, wonach umgekehrt der Bereicherungsschuldner die Kenntnis des Gläubigers vom Nichtbestehen der Schuld beweisen muß.

29) Vgl. Esser, Schuldrecht, § 25 (S. 74 f.).

30) Gegen die ausnahmslose Abstraktheit der Erlaßverträge wendet sich heute z.B. Larenz, SchuldR., Bd. I § 28 I (S. 336).

10. Kapitel: Fortsetzung: Folgerungen aus dem Typenzwang der abstrakten Geschäfte für die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf eine Kombination von abstrakten und nicht abstrakten Geschäften

Zwischen Abstraktheit und Kondizierbarkeit besteht also eine positive Beziehung in dem Sinn, daß abstrakte Geschäfte kondizierbar sein müssen. Wie schon bemerkt wurde,[1] kann es von dem abstrakten Charakter eines Rechtsgeschäfts auch abhängen, ob § 139 BGB auf dessen Kombinationen mit Verkehrsgeschäften anzuwenden ist, diesmal aber möglicherweise mit negativer Folge: Es fragt sich, ob die Abstraktheit die Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschließt.[2] Das hängt davon ab, ob die Kondiktion nach unserem Recht der einzige Weg ist, auf dem die Rechtsfolgen abstrakter Geschäfte wegen Mängel der causa-Beziehung rückgängig gemacht werden können. Unter dem Gesichtspunkt des Typenzwanges würde das bedeuten, daß nicht nur der actus contrarius,

1) Vgl. oben S. 66

2) Die Rechtsprechung hat die Frage überwiegend nur im Zusammenhang mit anderen Problemen behandelt und unterschiedlich beantwortet: Die Mehrheit der Entscheidungen zum Verhältnis von Grund- und Erfüllungsgeschäft bezieht sich auf die Anwendung des § 138 BGB (so z.B. RGZ 63, 179; 68, 100; 75, 74; 111, 239.) Näher nehmen die Entscheidungen RGZ 104, 102; 145, 155; OLG Dresden, Seuff. A. 65 Nr. 112 (S. 218); OLG Rostock Seuff. A. 66 Nr. 183 (S. 354) zu der Frage Stellung, aber mit unterschiedlichen Ergebnissen. Der BGH geht in einer Entscheidung vom 18.10.1951 (NJW 52, 60f = LM Nr. 3 zu § 1a KWVO) von der "grundsätzlichen Selbständigkeit" beider Geschäfte aus, aber vorbehaltlich eines "abweichenden Parteiwillens". In der Entscheidung BGHZ 31, 321 (323) spricht der BGH von der "ausnahmsweisen" Anwendung des § 139, behandelt aber hauptsächlich die andere Frage, ob eine Arglistanfechtung nur das Grundgeschäft oder auch eine damit in Zusammenhang stehende Schuldübernahme mit Wirkung gegenüber dem Gläubiger ergreift.

für sich betrachtet, dem Typenzwang unterliegt, sondern daß der Weg der Kondiktion im ganzen einen exklusiven Typus für die Rückabwicklung abstrakter Geschäfte wegen Mängel der causa bildet, allerdings mit den Rechtsfolgen, die sich aus dem Typus des actus contrarius, also dem modus der Rückabwicklung, ergeben. Dann wäre es ausgeschlossen, solche Mängel auf anderem Wege, also auch auf dem des § 139 BGB, zur Beseitigung der Rechtsfolgen des abstrakten Geschäfts zur Geltung zu bringen.

Das Hauptargument der Gegenmeinung, die Verbindung des abstrakten Geschäfts mit seiner causa über § 139 BGB entspreche, besonders bei einheitlichem äußeren Vorgang, dem Parteiwillen[3], ist zwar jedenfalls für Verfügungsgeschäfte[4] häufig an sich richtig, betrifft aber gar nicht den springenden Punkt. Denn das Abstraktionsprinzip beruht auf ganz anderen Rücksichten, die dem Parteiwillen vielfach zuwiderlaufen können. Nach § 139 BGB würde das abstrakte Geschäft bei Unwirksamkeit der causa von Anbeginn an nichtig sein, während die Kondiktion die anfängliche Unwirksamkeit des abstrakten Geschäfts wegen Mängel der causa gerade ausschließen soll.[5] Ferner wäre diese Nichtigkeit vielfach unerkennbar, was in den wichtigen Fällen, in denen der actus contrarius formbedürftig ist, verhindert wird. Der Fehler liegt also darin, daß man den Parteiwillen untersucht, ohne zu prüfen, ob dieser sich über alle diese Schranken hinwegsetzen kann. Denn die Anwendung des § 139 BGB würde das Abstraktionsprinzip in so vielen Fällen außer Kraft setzen können, daß sie praktisch auf eine Korrektur des Gesetzes hinausliefe.[6] Die Frage, ob das Abstraktionsprinzip korrekturbedürftig ist, liegt außerhalb dieser Arbeit. Ob die Auswirkungen einer solchen Korrektur zu billigen wären, ist jedenfalls keine Frage des Willens der jeweiligen Vertragsparteien.

---

3) Vgl. Heck, Sachen R., § 30 (S.121); André, Festgabe f. Enneccerus, S. 17 f.; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 27 III 2 a (S. 171); Meyer, Erbverzicht, S. 13.

4) Beim abstrakten Schuldvertrag muß schon nach dem Parteiwillen die Verbindlichkeit "selbständig" begründet werden, § 780 BGB.

5) v. Tuhr, Allgem. Teil, Bd.II 2. Hälfte § 72 V (S.96 ff) § 73 III (109 f.); Leonhard, Anm. 4 B 1 zu § 2346.

6) Breyhan, Übereignung, S. 102 ff.; Larenz, Jher.Jahrb. 81, S. 14; Staudinger-Coing, RZ 6a zu § 139.

Wollen diese den Bestand des abstrakten Geschäfts an das Schicksal der causa binden, so steht ihnen dazu nur der Weg offen, das Verfügungsgeschäft selbst bedingt abzuschließen, soweit es nach seinem Geschäftstypus Bedingungen zuläßt.

Erblickt man in § 139 BGB eine Art unentwickelter Bedingung,[7] nämlich einer Abhängigkeit der einzelnen Geschäftsteile durch den Parteiwillen, so verliert hiernach die Frage seiner Anwendbarkeit für das abstrakte Geschäft an praktischer Bedeutung. Dann kann auf diesem Wege eine unmittelbar wirkende Abhängigkeit des abstrakten Geschäfts von seiner causa begründet, die inhaltliche Ausschließlichkeit des Kondiktionsmodus für die Beseitigung der Rechtsfolgen des abstrakten Geschäfts durch den Parteiwillen außer Kraft gesetzt werden. Es ist dann nur eine Auslegungsfrage, ob der auf Verbindung beider Geschäfte gerichtete Wille auf Seiten aller Beteiligten oder nur auf einer Seite vorhanden war. Nur ein gesetzliches Bedingungsverbot (§ 925 Abs.2 BGB) oder der formelle Typenzwang des abstrakten Geschäfts würden dann diese Art der Verbindung ausschließen oder begrenzen; letzteres, insofern die Vereinbarung der Bedingung als Teil des Verfügungsgeschäfts ebenfalls formbedürftig ist.

Indessen kommt dieser Frage für die Anwendung des § 139 BGB auf Kombinationen von Erbrechtsverträgen mit Verkehrsgeschäften nur dann Bedeutung zu, wenn die Erbrechtsverträge abstrakte Geschäfte sind. Ob sie wirklich abstrakt sind, soll im folgenden erörtert werden. Sind sie es nicht, wie gezeigt werden wird, so bleibt zu prüfen, ob andere Gründe der Anwendung des § 139 BGB auf eine von den Parteien beabsichtigte Verbindung von Erbrechtsverträgen mit Verkehrsgeschäften entgegenstehen (dazu Kap.14, 15, S. 139 ff.).

---

7) Vgl. André, Festgabe für Enneccerus, S. 13 f., die Rechtsprechung gibt der Lösung mit Hilfe einer Bedingung ohnehin den Vorzug, vgl. Erman-Westermann Anm.10 z § 139 m. Nachw.

2. Abschnitt: Kondizierbarkeit und Abstraktheit der Erbrechtsverträge

11. Kapitel: Die äußere causa als Voraussetzung für die Kondiktion der Erbrechtsverträge

Erbrechtsverträge werden, wie es Heinrich Lange[1] für den Erbverzicht formuliert hat, nicht im leeren juristischen Raum geschlossen. Die Beteiligten lassen sich von bestimmten Vorstellungen leiten und verfolgen bestimmte Zwecke. Vorstellungen und Zwecke können einseitig bleiben. Häufig werden sie aber auch in den Willen aller Beteiligten aufgenommen, so in den hier interessierenden Fällen, daß der Erbrechtsvertrag mit Rücksicht auf ein Verkehrsgeschäft geschlossen wird. Die vertragliche Erbeinsetzung gegen eine Rentenverpflichtung oder der Erbverzicht gegen Abfindung sind typische Beispiele für den Abschluß eines Erbrechtsvertrages bei gleichzeitiger Einigung über dessen Zweck. Hier entsteht aber unter schuldrechtlichem Aspekt das Problem, ob die Beteiligten eine Entgeltsbeziehung zwischen Erbrechtsvertrag und Verpfründung bzw. Abfindung überhaupt herstellen können, und in welcher Form die Beziehung gegebenenfalls begründet werden kann.

1. Ausschluß der inneren causa

Ehe die Möglichkeiten der Abhängigkeit von einem Verkehrsgeschäft als äußerer causa behandelt werden, ist darzulegen, daß es nur auf die äußere causa-Beziehung ankommen kann, weil die Anerkennung einer inneren causa der Erbrechtsverträge ausgeschlossen ist. Das entspricht der ganz herrschenden Ansicht[2].

Der Begriff der "inneren" causa ist auf Schuldverträge beschränkt und bedeutet hier (ob. S. 72), daß ihr endgültiger Bestand (als Verpflichtungs-

1) Festschrift f. Nottarp, S. 126 f.

2) Staudinger-Dittmann, Vorbem. RZ 10 vor § 2274, Staudinger-Ferid, Vorbem., RZ 41 vor § 2346, jeweils mit Nachweisen.

geschäft) nicht von außerhalb ihrer liegenden Tatbestandselementen abhängig ist. Die Parteien sind aber im Bereich der Schuldverträge befugt, den Kreis der in den Vertrag aufgenommenen Motive, Zwecke etc. gegenüber dem gesetzlichen Tatbestand der einzelnen Geschäftstypen zu erweitern. Das beruht auf der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit.

Bei den Erbrechtsverträgen beschränkt sich der gesetzliche Tatbestand der Geschäfte auf die Erklärungen, die zur Herbeiführung der erbrechtlichen Rechtsfolgen nötig sind, und der Typenzwang des Erbrechts verbietet eine abweichende Gestaltung. Weitere Abreden können nur durch bedingten Abschluß in den Erbrechtsvertrag eingeführt oder durch Anfechtung bzw. Rücktritt geltend gemacht werden.

Das bestätigt für den Erbvertrag die Art der Berücksichtigung bestimmter Parteizwecke in § 2295 BGB. Die Aufhebung der Verpfründungsabrede erlaubt es dem Erblasser, vom Erbvertrage zurückzutreten, führt aber nicht unmittelbar zur Unwirksamkeit des Geschäfts. Diese Regelung ist für den Erbvertrag auch sinnvoll und konsequent. Der Ausschluß einer inneren causa rechtfertigt sich aus der Testierfreiheit des Erblassers. Der Erblasser schuldet, von den Fällen sittenwidriger Verfügungen von Todes wegen abgesehen, niemandem Rechenschaft. Deshalb wäre es verfehlt, seine Motive und Zwecke in den Tatbestand seiner Verfügung einzubeziehen und damit der richterlichen Nachprüfung zu unterwerfen. Fremde Interessen braucht er nicht zu berücksichtigen. Soweit es, wie in § 2295 BGB, um die Durchsetzung seiner eigenen Absichten geht, gibt die Zubilligung eines Gestaltungsrechts dem Erblasser die Möglichkeit, darüber zu entscheiden, ob die Regelung trotz Zweckverfehlung aufrecht erhalten werden soll.

Diese Gründe können für den Ausschluß einer inneren causa auch des Erbverzichts nicht mit gleicher Berechtigung angeführt werden, wenn man den Kern des Erbverzichts nicht in der Enterbung durch den Erblasser erblickt, sondern den Verzichtenden für die Hauptperson hält.[3] Dann liegt keine Verfügung von Todes wegen vor. Man kann daher fragen, ob die vom Verzichtenden verfolgten Zwecke, z.B. der Anfall der Erbschaft an

3) Vgl. unten S. 145-

einen Dritten (§ 2350 BGB) oder (auch) die Erlangung einer Abfindung, zur inneren causa des Erbverzichts gemacht werden können. Dann wäre der Erbverzicht jeweils danach, ob diese Zwecke vorliegen, ein Rechtsgeschäft verschiedener Art. Das Gesetz erkennt nur die Möglichkeit an, daß der (nach § 2350 BGB im Zweifel anzunehmende) Parteiwille es zur Bedingung macht, daß der Dritte Erbe wird. Dies ändert nichts daran, daß auch der Erbverzicht rein erbrechtliche Wirkungen hat (siehe dazu noch unten Seite 108) und vom Gesetz - insofern wie der Erbvertrag - als rein erbrechtlicher Vertrag ausgestaltet ist, der ebensowenig wie der Erbvertrag schuldrechtliche Elemente als inneren Rechtsgrund aufnehmen kann.

Man kann fragen, ob der Erbverzicht nicht sinnvoller als Bestandteil einer vorweggenommenen Auseinandersetzung in der engeren Familie, das heißt, unter Einbeziehung von Abfindungsverträgen oder auch einer erbvertraglichen Bindung des Erblassers geregelt werden könnte. In diesem Sinne war er in älteren Gesetzen (siehe ob. S. 33 f., u. S. 104) wirklich ausgestaltet. Im BGB ist er aber ein rein erbrechtliches und insofern homogenes Rechtsgeschäft, unabhängig davon, ob in concreto Beziehungen mit Verkehrsgeschäften bestehen. Man muß freilich auch bedenken, daß die ältere Lösung nicht nur erbvertragliche Bindungen des Erblassers, sondern auch solche für dessen Verfügungen unter Lebenden voraussetzt. Nur dann wäre z.B. ein Dritter gesichert, der die Erbschaft erhalten und deshalb den Verzichtenden abfinden soll. Alle diese Beziehungen liegen aber nach dem BGB außerhalb des Erbverzichts. Deshalb treffen in gleicher Weise wie beim Erbvertrag die Gründe dafür zu, den Erbverzicht als reinen Ausfluß eines freien Verzichtswillens aufzufassen.

Das BGB hat nun anscheinend daraus, daß nach seiner Auffassung keine Verfügung des Erblassers und daher keine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die Folgerung gezogen, daß dem Verzichtenden das spezifisch erbrechtliche Anfechtungsrecht des Erblassers nicht zustehen soll. Daher kann er, weil die Anfechtung nach §§ 119 ff BGB zumeist nicht ausreicht[3a)], auch nicht auf diesem Wege Irrtümer bei der Motivation seines Verzichtswillens geltend machen. Ob dem durch eine Ergänzung des Gesetzes Rech-

3a) vgl. oben Seite 3

nung getragen werden soll, wird später noch (u. S. 152 ff) erörtert werden. Hier kommt es nur darauf an, daß die Beziehung auf ein Verkehrsgeschäft nicht zur inneren causa der Erbrechtsverträge mit der Folge unmittelbarer Unwirksamkeit erhoben werden kann.

II. Die Möglichkeit der Verbindung mit dem Verkehrsgeschäft als äußerer causa

Wenn Erbvertrag und Erbverzicht kondizierbar sein sollen, müssen sie einer (rechtserheblichen) äußeren causa wegen geschlossen, ihre Geltung muß vorläufig von dieser causa unabhängig sein. Ist das rechtlich ausgeschlossen, so fehlt eine Grundvoraussetzung für die Kondiktion, weil nur bei Verfehlung einer überhaupt als möglich vorausgesetzten causa kondiziert werden kann. Die Frage stellt sich hier aber noch anders als bei normalen Zuwendungen. Denn es fragt sich auch, ob die Erbrechtsverträge überhaupt eine Zuwendung enthalten, die durch actus contrarius rückgängig gemacht werden könnte.

Die Frage, ob eine kausale Beziehung der Erbrechtsverträge anzuerkennen ist, muß deshalb unter verschiedenen Aspekten behandelt werden.

1. Keine synallagmatische Verbindung

Die Möglichkeit einer synallagmatischen Verbindung, auch unter dem Gesichtspunkt des "Realvertrages", ist schon (ob. S. 51 f) ausgeschlossen worden.

2. Bezweckter Erfolg als causa (§ 812 Abs.1 S.2 Alt.2).

Jedoch besteht auch ohne ein übergreifendes synallagmatisches Schuldverhältnis regelmäßig eine gewisse Abhängigkeit zwischen Erbrechtsvertrag

und Verkehrsgeschäft. Der Erblasser oder der Verzichtende wollen ihrerseits eine Leistung des Begünstigten, auch wenn sie sich selbst nicht verpflichten können oder wollen. Das ist der von ihnen bezweckte Erfolg, und diese Zwecksetzung hat der Bedachte mit dem Abschluß des Erbrechtsvertrages auch akzeptiert. Erbrechtsvertrag und Verkehrsgeschäft stehen unter beiderseitiger Billigung wenigstens in einer gewissen dem Synallagma ähnlichen Verbindung. Nicht nur das Verkehrsgeschäft soll von Erbeinsetzung oder Erbverzicht abhängen, sondern umgekehrt auch der Erbrechtsvertrag von der Erfüllung des Verkehrsgeschäfts. Auf diese Weise kann unter schuldrechtlichem Aspekt auch ein Erbrechtsvertrag in eine causa-Beziehung gebracht werden. Diese Beziehung hat Oertmann[4] bisher unwidersprochen[5] als kausale oder obligatorische charakterisiert. Sie enthält in der Terminologie des § 812 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. BGB eine Zwecksetzung nach dem Geschäftsinhalt.[6] Deshalb kann bei Verfehlung des Zweckes zwar keine Forderung auf die Gegenleistung, wohl aber ein Bereicherungsanspruch auf die eigene Leistung entstehen, sofern auch die weiteren Voraussetzungen für eine Kondiktion vorliegen.[7]

Für die Möglichkeit einer solchen kausalen Beziehung kann man sich schließlich auch darauf berufen, daß jedenfalls bestimmte Parteizwecke im Gesetz berücksichtigt werden. Nach § 2350 Abs. 1 BGB steht der Erbverzicht zugunsten eines anderen im Zweifel unter der Bedingung, daß der andere auch tatsächlich Erbe wird, und § 2295 BGB trifft für den Zusammenhang zwischen Erbeinsetzung und Verpfründung die besondere Regelung,[8] daß der Erblasser zurücktreten kann, wenn die Unterhaltsverpflichtung des Bedachten später wieder aufgehoben wird.

---

4) Entgeltliche Geschäfte, S. 111 f.

5) Vgl. etwa v. Caemmerer, Festschrift f. Rabel, Bd. I, S. 346 f.; Roth, S. 20 ff.

6) Die Zwecksetzung nach dem Geschäftsinhalt setzt keine Verpflichtung voraus; darin liegt ihre eigenständige Bedeutung, vgl. Esser, Schuldrecht, § 192 2, 3 (S. 793).

7) Über diese Voraussetzungen handelt das nächste Kapitel.

8) Daraus schließen Oertmann, a.a.O. S. 112, und Endemann, Erbrecht, 1. Hälfte, § 81 II b) (S. 635), auf die Möglichkeit einer causa des Erbvertrages; zustimmend BGHZ 36, 65 (70 f.).

III. Die Eingliederung der Erbrechtsverträge in den Funktionszusammenhang: Rechtsänderung - causa - Kondiktion

Bisher wurde festgestellt, daß die Erbrechtsverträge unter dem Aspekt des Parteiwillens eine Zweckbestimmung erhalten und so in eine rechtserhebliche Beziehung zu Verkehrsgeschäften gebracht werden können.[9] Diese Zweckbestimmung kann keine innere, sondern allenfalls eine äußere causa der Erbrechtsverträge sein.[10] Ob sie wirklich äußere causa ist, d.h. ob ihr für die Erbrechtsverträge die Qualifikation einer echten causa zukommen kann, hängt von der Beantwortung zweier weiterer Fragen ab, nämlich einmal davon, ob durch eine spezielle Regelung des causa - Problems für Erbrechtsverträge die Anerkennung einer äußeren causa ausgeschlossen ist, oder davon, ob sie daran scheitert, daß die Erbrechtsverträge keine kondizierbare Zuwendung enthalten.

1. Ausschluß des Kondiktionsweges durch spezielle Rechtsbehelfe bei den Erbrechtsverträgen?

Die Berücksichtigung bestimmter Zwecke der Erbrechtsverträge in §§ 2295, 2350 Abs.1 BGB scheint auf eine spezielle Regelung der Beziehung von Erbrechtsverträgen auf außererbrechtliche Zwecke hinzudeuten. Der beschränkte Anwendungsbereich dieser Vorschriften kann jedenfalls als erschöpfende Regelung verstanden werden. Was soll beispielsweise geschehen, wenn die Verpfründungsabrede nicht aufgehoben wird, sondern der Bedachte die Rentenverpflichtung nicht erfüllen kann, oder wenn ein Erbverzicht zu dem Zwecke erklärt wird, eine bestimmte andere Person von der Erbfolge auszuschließen? Muß nicht aus §§ 2295, 2350 Abs.1 BGB der Umkehrschluß gezogen werden, daß andere bezweckte Erfolge für einen Erbrechtsvertrag nicht relevant sein sollen? Dann stünden die Erbrechtsverträge ähnlich wie Eheschließung oder Adoption außerhalb des Funktionszusammenhanges:

9) Vgl. oben S. 93 f.
10) Vgl. oben S. 90 ff.

Rechtsänderung - (äußere) causa.[11]

Diese Auffassung wird für den Erbvertrag z.B. von Coing vertreten. Die Verfügung von Todes wegen in einem Erbvertrag soll, auch wenn der Bedachte sich zu einer Leistung verpflichtet, nicht dieser Leistung wegen getroffen werden, sondern "hier wie immer mortis causa".[12]

Damit ist sicher nicht gemeint, daß der Erbvertrag einen eigenen besonderen Rechtsgrund hätte und deshalb nicht eines anderen Rechtsgrundes wegen geschlossen werden könnte.[13] Die causa mortis ist keine causa im Sinne des § 812 BGB. Die Kennzeichnung als negotium mortis causa grenzt den Erbvertrag nur von den Rechtsgeschäften unter Lebenden ab, und zwar dadurch, daß die Erbrechtsverträge notwendig durch das Überleben des Bedachten bedingt sind. Über die Zulässigkeit außererbrechtlicher Beziehungen wird damit noch nichts ausgesagt. Der Gedanke ist deshalb in dem eben dargelegten Sinne dahin zu präzisieren, daß der Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen außerhalb des Funktionszusammenhanges: Rechtsänderung - causa steht und überhaupt keiner causa-Beziehung fähig ist. Diese Auffassung wurde früher, auch für den Erbverzicht, häufig vertreten,[14][15] und wir halten sie für berechtigt.

Der Erblasser trifft im Erbvertrag Verfügungen, die er auch in einem Testament treffen könnte. Der Erbvertrag unterscheidet sich vom Testament nur durch die Bindung des Erblassers an wenigstens eine Verfügung. Die Rechtswirkung auch dieser vertragsmäßigen Verfügung unterscheidet sich im übrigen nach Eintritt des Erbfalles in nichts von derjenigen einer letztwilligen Anordnung. Nun wird niemand für das mit dem Erbvertrag in der erbfolgeregelnden Wirkung übereinstimmende Testament ernsthaft behaup-

---

11) Vgl. auch oben S. 74 f.

12) Kipp-Coing, Erbrecht 12, § 36 IV 1 (S. 176 f).

13) Vgl. oben S. 75.

14) Crome, Erbrecht, § 664 I (S. 177); Hellwig, Verträge, S. 604; Strohal, Erbrecht, Bd. I, § 59 (S. 528) mit Anm. 6; ausführlich Meyer, Erbverzicht, S. 9; Schiffner, Erbvertrag, S. 15; heute ist die Gegenmeinung im Vordringen, vgl. oben S. 5 unter 5 mit Anmerkungen.

15) Die von Coing verwendete Formulierung findet sich schon bei Kipp, Erbrecht, § 30 VII (S. 115); ebenso Walsmann, Verzicht, S. 297.

ten wollen, es könne einen Rechtsgrund haben. Soll also, darauf spitzt sich die Frage zu, allein die bindende Wirkung des Erbvertrages die Herstellung eines Rechtsgrundverhältnisses rechtfertigen?

Wenn trotz dieser Bedenken allein aus § 2295 BGB geschlossen wird, daß der Erbvertrag einer Rechtsgrundbeziehung zugänglich sei,[16)17)] wird der innere Zusammenhang zwischen Erbvertrag und Testament nicht genügend beachtet. Der Rücktritt vom Erbvertrag ist nichts anderes als ein Widerruf bindender Verfügungen von Todes wegen. Seine Kennzeichnung als Rücktritt dient nur der Abgrenzung gegenüber dem Widerruf letztwilliger Verfügungen.[18)] Diesen Unterschied hervorzuheben besteht Anlaß, weil der Rücktritt vom Erbvertrage nur unter beschränkten materiellen Voraussetzungen und in besonderer Form stattfindet. § 2295 BGB enthält somit keine Bestätigung der Auffassung, jeder beliebige Zweck könne rechtserhebliche causa des Erbvertrages sein.

Andererseits kann aus dem engen Anwendungsbereich des § 2295 BGB aber auch nicht der Umkehrschluß gezogen werden, daß sich der Erblasser nur im Falle der Erbverpfründung von der vertraglichen Bindung lösen darf, und daß andere Zusammenhänge zwischen einem Erbvertrag und einem Verkehrsgeschäft völlig ignoriert werden sollen. Die Beschränkung des § 2295 BGB nicht nur auf Erbverpfründungsverträge im allgemeinen, sondern noch spezieller auf die Fälle, in denen die Leistungsverpflichtung des Bedachten aufgehoben wird, hatte nach der Entstehungsgeschichte der Vorschrift einen anderen Grund. Wie sich aus den Materialien zum BGB ergibt, hielt der Gesetzgeber die Kondiktion für möglich und deshalb ein weiterreichendes Rücktrittsrecht für überflüssig. Der enge Anwendungsbereich des § 2295 BGB wurde damit begründet, daß der in seinen Erwartungen getäuschte Erblasser in jedem Falle kondizieren, d.h. die Einwilligung in die Aufhebung des Erbvertrages verlangen könne. Nur bei Aufhebung der Leistungsverpflichtung sei "eine Verkürzung dieses Umweges" durch ein besonderes Rücktrittsrecht angemessen.[19)] § 2295 soll also nur

16) So Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 109 ff.; zustimmend Boehmer, Festschrift f. Heinrich Lehmann (1956), S. 466 ff.

17) Ausführlich zu dem Problemkreis v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2. Hälfte, § 74 II (S. 143).

18) Mot. V, S. 342.

19) Prot. V, S. 411; vgl. auch Staudinger-Dittmann, RZ 6 zu § 2295, und die dort zitierten Vertreter der Gegenmeinung.

eine bestimmte kausale Verbindung des Erbvertrages mit einem Verkehrsgeschäft bevorzugt berücksichtigen, ohne daß andere kausale Beziehungen ausgeschlossen werden. Entsprechendes wird für § 2350 Abs. 1 BGB und den Erbverzicht zu gelten haben. Er ist nicht dem Verpflichtungsverbot des § 2302 BGB unterstellt,[20] so daß der Gedanke einer Kondiktion bei Zweckverfehlung für ihn näher liegt als für den Erbvertrag.

Aus den wenigen Vorschriften, die die Bedeutung bestimmter Zwecksetzungen für Erbrechtsverträge regeln, sind also weder für noch gegen die allgemeine Zulässigkeit kausaler Verbindungen Argumente zu gewinnen. Eine erschöpfende spezielle Regelung des causa-Problems der Erbrechtsverträge enthalten sie jedenfalls nicht.

2. Causa-Beziehungen ohne Kondiktionsmöglichkeit?

Es bleibt die zentrale Frage zu beantworten, ob Zwecksetzungen nur dann als äußere causa der Erbrechtsverträge zu qualifizieren sind, wenn sie auch wirklich eine Kondiktion auslösen können. Scheitert die Kondiktion eines Rechtsgeschäfts daran, daß es keine kondizierbare Zuwendung enthält, so ist die Anerkennung einer äußeren causa dieses Geschäfts ohne praktischen Wert. Sie hat gegenüber dem Verfügungsgeschäft keine andere Funktion als die, die Kondiktion zu ermöglichen. Der Zusammenhang mit den Motiven und Zwecken der Parteien mag dann auf andere Weise hergestellt, der Zweck von den Parteien zur Bedingung, oder das Motiv im Gesetz zum Anfechtungsgrund erhoben werden. Eine solche Verbindung setzt aber keine äußere causa der Erbrechtsverträge voraus.

Das bedeutet für den Fortgang unserer Untersuchung:

Ob die Erbrechtsverträge eine äußere causa haben können, hängt davon ab, ob sie kondizierbare Zuwendungen enthalten.[21] Dann kann die Verbindung mit einem Verkehrsgeschäft zur Kondiktion des Erbrechtsvertrages führen. Sollte sich ergeben, daß sie eine solche Zuwendung nicht enthalten, sind

---

20) Über die Bedenken insbesondere gegen eine synallagmatische Verpflichtung siehe oben S. 52 f.

21) Vgl. dazu sogleich Kap. 12.

Zwecksetzungen auch nicht als äußere causa zu werten. Dann hätte der Erbrechtsvertrag überhaupt keine causa und stünde außerhalb des Funktionszusammenhanges: Rechtsänderung - causa - Kondiktion.

12. Kapitel: Der Gegenstand der Erbrechtsverträge und seine Bedeutung für deren Kondizierbarkeit

Ob Erbvertrag und Erbverzicht als Zuwendungen von Vermögensvorteilen kondiziert werden können, ist seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches umstritten, und ist jedenfalls für den Erbverzicht häufiger erörtert worden. Dennoch kann die Diskussion nicht als abgeschlossen gelten.

Heute wird in zunehmendem Maße die Kondiktion sowohl des Erbvertrages als auch des Erbverzichts für zulässig und geboten gehalten. Die Kondiktion soll auf Einwilligung des Erblassers oder des Verzichtenden in die Aufhebung des Vertrages gerichtet sein.[1)2)] Für den Erbverzicht wird diese Auffassung unter anderem damit begründet, der Erblasser erlange durch den Verzicht eine Erweiterung seiner Testierfreiheit und damit einen Vorteil, den er durch Aufhebung des Verzichtsvertrages zurückgewähren könne. Die Leistung des Verzichtenden liege in der Abgabe der Verzichtserklärung, seine Entreicherung in dem Verlust seiner Erbenstellung.[3)]

Unterzieht man diese Auffassung einer vorläufigen Kritik, so fällt auf, daß die angebliche Bereicherung (Erweiterung der Testierfreiheit), die

1) So für den Erbvertrag Staudinger-Dittmann, Vorbem. II 3 vor § 2274.
2) Für den Erbverzicht: Endemann, Erbrecht, 1.Hälfte, § 88 IIIb (S.667); Leonhard, Anm. IV A zu § 2346; Soergel-Siebert, Anm.3 zu § 2346; RGRK Anm.2 zu § 2346; neuestens ausführlich Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 126 ff; ihm folgen jetzt, jedenfalls für den Pflichtteilsverzicht, Kipp-Coing, Erbrecht 12, § 82 II 3 c (S.363).
3) Heinrich Lange a.a.O., S. 128 f.; Reuthe, S. 56 f.

Entreicherung (Verlust der Erbenstellung) und der Leistungsvollzug (Verzichtserklärung) in ihrem sachlichen Gehalt einander nicht entsprechen. Daß ein Rechtsgeschäft mit so unterschiedlichen Rechtsfolgen für die einzelnen Beteiligten Leistungsgeschäft im Sinne des § 812 BGB sein soll, überzeugt nicht. Werden deshalb nicht, wenn man die Kondiktion zuläßt, die konkreten Voraussetzungen der Leistungskondiktion übergangen, so daß in Wirklichkeit höchstens eine - vielleicht diskutable[4] - analoge Anwendung der Bereicherungsvorschriften empfohlen wird? Immerhin käme nur eine Leistungskondiktion in Betracht. Setzt das nicht voraus, daß ein Etwas zugewendet wird, das in ungefähr gleicher Substanz von einem Vermögen in ein anderes übergeht? Unter diesem Aspekt sollen im folgenden Gegenstand und Rechtsfolgen der Erbrechtsverträge untersucht werden.

I. Das Fehlen eines Verfügungsgegenstandes bei erbrechtlichen Verträgen

Für die Frage nach Gegenstand und Rechtsfolgen der Erbrechtsverträge können die vertragsmäßige Vermächtnis- oder Auflagenordnung sowie der Verzicht auf ein Vermächtnis (§ 2352 BGB) grundsätzlich außer Betracht bleiben.

1. Das Erb- und Pflichtteilsrecht als angeblicher Gegenstand

Gegenstand der Erbrechtsverträge ist nach gesetzlicher Terminologie ein Erbrecht entweder des eingesetzten Vertragserben oder des Verzichtenden, Gegenstand des Erbverzichts außerdem noch das Pflichtteilsrecht. Erbrecht und Pflichtteilsrecht werden allgemein als subjektive Rechte bezeichnet.[5] Mit dieser Kennzeichnung ist jedoch wenig gewonnen. Sie sagt weder dar-

4) Vgl. dazu unten S. 153 f.

5) BGHZ,1, 343 (349) m.Nachw.

über etwas aus, welche konkrete Rechtsstellung diese Rechte dem Erben oder Pflichtteilsberechtigten vor dem Erbfall verschaffen, noch darüber, welche Wirkungen sie bei Eintritt des Erbfalls entfalten.

Tatsächlich ist die Substanz des gesetzlichen oder gewillkürten Erbrechts und des Pflichtteilsrechts nur schwer faßbar. Was die Lage vor dem Erbfall betrifft, so kann man sie nicht unter die dinglichen Erwerbsrechte bringen. Denn das subjektive Erbrecht läßt zwar mit dem Erbfall jemanden Gesamtnachfolger werden, und das Pflichtteilsrecht läßt den Pflichtteilsanspruch entstehen. Das Gesetz erkennt aber nicht einmal obligatorische Rechte auf das künftige Vermögen an (§ 310 BGB). Anders als dingliche Erwerbsrechte beziehen sich die erbrechtlichen "Anwartschaften" auch nicht auf bestimmte Gegenstände oder auf eine objektiv bestimmte Mehrzahl von solchen, sondern auf das Vermögen des Erblassers im ganzen, ohne daß der künftige Erbe daran irgendwelche gegen den Erblasser oder Dritte wirksame Rechte besäße (wie im Fall des § 958 Abs.2 BGB). Das ist im folgenden noch näher zu zeigen.

Selbst nach Eintritt des Erbfalles läßt sich die Bedeutung des Erb- und Pflichtteilsrechts kaum präzisieren. Dem Erben wird zwar im Erbschein sein "Erbrecht" bezeugt (§ 2353 BGB), und ihm steht gegen Erbschaftsbesitzer ein besonderer Erbschaftsanspruch zu (§ 2018 BGB), als dessen Grundlage das subjektive Erbrecht gedacht werden könnte. Auch sonstige besondere Befugnisse, etwa das Recht auf Haftungsbeschränkung, könnten als Ausfluß des subjektiven Erbrechts aufgefaßt werden.[6]

Richtiger wird man aber diese Rechte als Ausfluß der Erbenstellung aufzufassen haben. Diese bildet die Grundlage für eine Reihe einzelner Rechte, aber auch für Haftungen und kann daher nicht einfach als subjektives Recht gekennzeichnet werden. Auch im Erbschein wird nur die Erbenstellung bezeugt, d.h. eine grundlegende Voraussetzung für die verschiedenen möglichen Befugnisse des Erben.[7] Ob solche bestehen, auf welche Gegenstände sie sich gegebenenfalls beziehen, das alles bleibt dabei offen. Diese Auffassung von der Erbenstellung wird auch durch die Regelung des Erbschaftskaufes bestätigt. Der Erbe kann nicht seine Rechtsstellung im ganzen auf andere über-

6) So Endemann, Erbrecht, 1.Hälfte, § 9 III, IV, V (S.65 ff.).
7) Erman-Bartholomeyczik, Einl. 4 vor § 1922.

tragen. Vielmehr wird der Erbschaftskauf durch Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände oder, bei Erbenmehrheit, durch Übertragung des "Erbanteils", d.h. der gesamthänderischen Beteiligung am Nachlaß,[8] ausgeführt.[9]

Als einheitliches subjektives Recht besteht das Erbrecht allenfalls insoweit nach dem Erbfall fort, als es den Gegenstand der Ausschlagung bilden könnte. Aber auch die Ausschlagung ist keine Verfügung über das subjektive Erbrecht, sondern § 1953 BGB fingiert den Wegfall des Rechtsträgers selbst.[10]

Das Pflichtteilsrecht ist nur eine Rechtsbeziehung zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem, während sich später der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben richtet.[11]

Die Rechtsstellung als Erb- und Pflichtteilsberechtigter ist deshalb von den mit dem Erbfall übergehenden Rechten an den Nachlaßgegenständen und vom Pflichtteilsanspruch scharf zu unterscheiden.[12]

Da sich Erb- und Pflichtteilsrecht auch mit dem Erbfall nicht in eine unmittelbare Rechtsbeziehung zu den einzelnen Nachlaßgegenständen bzw. in einen Anspruch gegen den Erben verwandeln, ist die Frage, ob der Rechtserfolg einer Erbeinsetzung oder eines Erbverzichts im Wege der Kondiktion rückgängig gemacht werden kann, unabhängig davon zu entscheiden, ob man beiden Geschäften sofortige oder erst zukünftige, mit dem Erbfall eintretende Rechtswirkung beimißt:

Der Erbverzicht wird verschiedentlich als antizipierter Verzicht angesehen.

---

8) Kipp-Coing, Erbrecht, § 114 VI 4 (S.500); Staudinger-Lehmann, RZ 3 zu § 2033.

9) Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 1 vor § 2371.

10) Zu der Frage, ob eine versprochene Ausschlagung kondiziert werden kann, vgl. unten S. 130.

11) Der Anspruch begründet eine Erbfallschuld, §§ 2317, 1967 Abs.2 BGB, nicht eine Schuld des Erblassers, für die der Erbe haften müßte.

12) BGHZ 1, 349; 28, 177 (178 f); Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 65 ff. vor § 2303; Larenz, IherJb 81, 4; vgl. auch Staudinger-Boehmer, RZ 137 zu § 1922.

Seine Wirkung soll auf den Erbfall verschoben sein. Das Erbrecht soll entstehen, aber gleich wieder erlöschen.[13] Damit wird die Wirkung des Erbverzichts derjenigen der Ausschlagung angenähert. Aber auch wenn seine Wirkung erst mit dem Erbfall eintreten sollte,[14][15] bleibt sein Objekt doch immer das Erb- oder Pflichtteilsrecht. Er richtet sich dann nicht etwa auf die einzelnen Vermögensrechte an den Nachlaßgegenständen oder auf den Pflichtteilsanspruch. Zwar treffen die Verzichtswirkung und das Umschlagen des Erb- bzw. Pflichtteilsrechts in die einzelnen Vermögensrechte und den Pflichtteilsanspruch zeitlich unmittelbar zusammen. Aber dennoch kann der Verzicht nur über das Erbrecht oder das Pflichtteilsrecht, also mittelbar, auf die Rechte am Nachlaß und den Pflichtteilsanspruch einwirken; denn der bloße Verzicht auf die Rechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann den Übergang dieser Rechte auf den nunmehr berufenen Erben nicht bewirken.

Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag begründen oder vernichten also auch dann immer nur das Erbrecht oder das Pflichtteilsrecht, wenn man ihre Wirkung auf den Erbfall hinausschiebt. Sie wirken auf die Vermögensrechte des Erblassers, das heißt, sie wirken nach dem Erbfall auf die zum Nachlaß gehörenden Rechte oder auf den Pflichtteilsanspruch, nicht unmittelbar ein.

2. Die sogenannte Anwartschaft des Erben

Immerhin erwirbt der Vertragserbe durch seine Einsetzung eine Chance für die Zukunft, der Verzichtende verliert sie. Wird hier eine bloße Aussicht

13) Walsmann, Verzicht, S. 294 ff. (296); Jebens, S. 16 ff.

14) Die Konstruktion eines antizipierten Verzichts wird überwiegend abgelehnt, dem Erbverzicht unmittelbare Rechtswirkung zugeschrieben, vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht 7, § 5 I 2 (S.21); Baumgärtel, DNotZ 59, 64; Eder, S. 95.

15) Walsmann, Verzicht, S. 297, empfindet selbst die Konstruktion nicht als glücklich, glaubt aber, nur auf diesem Wege "den Erbverzicht für die Verzichtslehre retten" zu können. Dahinter steht die richtige Auffassung, daß der Erbverzicht dogmatisch kein echter Verzicht ist.

begründet oder zerstört, oder verschafft das Erbrecht dem Erben schon eine Anwartschaft auf das Vermögen des Erblassers?

Die sogenannte Anwartschaft des Erben könnte nur eine Zusammenfassung von Anwartschaftsrechten auf die einzelnen Nachlaßgegenstände sein. Ein Recht am gesamten Nachlaß gibt es nicht, insbesondere ist, wie soeben dargelegt wurde, das Erbrecht nicht als Recht am Nachlaß zu verstehen. Die Untersuchung muß deshalb darauf gerichtet werden, ob der künftige Erbe, sei es, daß er kraft Gesetzes, sei es, daß er kraft Einsetzung zur Erbfolge berufen ist, schon mit seiner Berufung eine Anwartschaft an den einzelnen Gegenständen des Erblasservermögens erwirbt.

Wie in Kapitel 2[16] dargelegt worden ist, ist die historische Entwicklung sowohl des Erbvertrages als auch des Erbverzichts vornehmlich von dem Gedanken einer Anwartschaft des Erben bestimmt worden. Auch nach der Rezeption des römischen Rechts hat sich dieser Gedanke lebendig erhalten. Noch im gemeinen Recht wurde der Erbverzicht häufig als Verzicht zwar nicht auf ein Recht, wohl aber auf eine spes, also auf eine Anwartschaft aufgefaßt,[17] und auch einzelne partikularrechtliche Regelungen des Erbverzichts gingen von einer Anwartschaft des verzichtenden Erben aus. So konnte nach II 2, § 484 PrALR der Erbe zugunsten eines Fremden, der nicht kraft Gesetzes erbberechtigt war, nur auf sein Erbrecht verzichten, wenn der Erblasser dem Verzicht beitrat. Der Beitritt band den Erblasser wie ein Erbvertrag.[18] Dieser Kombination von Erbvertrag und Erbverzicht zwischen drei Personen lag offenbar die Auffassung zugrunde, der durch den Erbverzicht für den Verzichtenden eintretende Rechtsverlust müsse den Erwerb eines entsprechenden Vorteils zur Folge haben, mit anderen Worten, der Erbverzicht enthalte die Zuwendung einer Erbanwartschaft an den Begünstigten. Wenn der Begünstigte nicht kraft Stellung in der Familie die Erbberechtigung erwerben konnte, mußte sie ihm durch besondere Erbeinsetzung verschafft werden.

Zu ganz anderen Schlußfolgerungen zwingt die Behandlung, die der Erbver-

16) oben S. 8.
17) Stobbe, Privatrecht, Bd. V, § 314 I 1 (S. 310).
18) Vgl. Förster-Eccius, Pr. Privatrecht, Bd. IV, § 265 (S. 507).

zicht zugunsten eines Dritten in § 2350 BGB erfahren hat: Wenn jemand auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet, soll im Zweifel anzunehmen sein, daß der Verzicht nur für den Fall gelten soll, daß der andere auch wirklich Erbe wird. § 2350 BGB ist für den Wandel der Anschauung vom - regelmäßig aus der Stellung in der Familie fließenden - Anwartschaftsrecht des Erben zu einem sogleich näher zu kennzeichnenden inhaltsleeren Dispositionsrecht in der Hand des Erblassers charakteristisch.

Der Rückgriff auf eine vermutete Bedingung spricht gegen eine Anwartschaft des Verzichtenden. Wäre im Erbverzicht zugunsten eines Dritten die Zuwendung einer Anwartschaft an ihn gesehen worden, so hätte die Zubilligung einer Kondiktion wegen Zweckverfehlung (§ 812 Abs.1 S.2 2.Halbs. BGB) näher gelegen.

a) Anwartschaft und Testierfreiheit

Ob der Erbe eine Anwartschaft auf den Nachlaß schon bei Lebzeiten des Erblassers erwirbt, soll nach verbreiteter Auffassung danach zu beurteilen sein, auf welchem Berufungsgrunde sein Erbrecht beruht. Da der gesetzliche Erbe sowie der durch Testament eingesetzte Erbe jederzeit durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen werden können, soll für sie nur eine unsichere Aussicht bestehen, überhaupt Erbe zu werden. Wer dagegen durch gemeinschaftliches korrespektives Testament eingesetzt ist, verliert nach dem Tode eines Ehegatten sein Erbrecht regelmäßig nicht mehr, und wer durch Erbvertrag zum Erben bestimmt ist, wird jedenfalls dann, wenn er selbst den Vertrag mit dem Erblasser geschlossen hat, oder wenn der Vertragspartner verstorben ist, mit großer Wahrscheinlichkeit auch Erbe werden. Deshalb soll ein Erbrecht, das auf einem Erbvertrage oder einem korrespektiven Testament beruht, dem Erben eine Anwartschaft verschaffen.[19)]

19)Raiser, Anwartschaften, S.8 f.; Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 5, 6 vor § 2346; Jebens, S.11 ff.; BGHZ 37, 319 (321 ff. m.weit.Nachw.); a.A. Meyer, Erbverzicht, S.8; Bartholomeyczik, Erbrecht 7, § 3 I(S.6).

Diese Auffassung bedarf schon für die Erbeinsetzung durch korrespektives Testament einer Korrektur. Die mit dem Tode eines Ehegatten eintretende Bindung wirkt nicht absolut. Der überlebende Ehegatte bleibt nur gebunden, solange er die ihm gemachte Zuwendung nicht ausschlägt (§ 2271 Abs.2 S.2 BGB). Die sogenannte Bindungswirkung ist also nichts anderes als ein Reflex des Interesses, das der überlebende Ehegatte an der Zuwendung des Erstverstorbenen nimmt. Nur insoweit findet, wie Coing es ausgedrückt hat,[20] ein gewisser Vertrauensschutz statt. Daß das Interesse des überlebenden Ehegatten aus persönlichen und sachlichen Motiven von Fall zu Fall verschieden ist, liegt auf der Hand. Unter dem Gesichtspunkt einer Beschränkung der Testierfreiheit kann also nur die vertragliche Erbeinsetzung dem Erben eine Anwartschaft verschaffen und dementsprechend nur der Verzicht auf ein vertragliches Erbrecht Verzicht auf eine Anwartschaft sein.[21]

b) Anwartschaft und lebzeitige Verfügungsfreiheit

Tatsächlich aber darf die mehr oder minder starke Beschränkung der Testierfreiheit gar nicht zum Maßstabe genommen werden. Da es ein den Erben sicherndes Recht am gesamten Nachlasse nicht gibt[22] und die sogenannte Anwartschaft des Erben in Wirklichkeit nur eine Zusammenfassung von Rechten an den einzelnen künftigen Nachlaßgegenständen sein könnte,[23] müßte der Erbe außer einer sicheren Erbenstellung auch ein ihn sicherndes Recht auf die einzelnen Nachlaßgegenstände erworben haben. Sieht man mit Raiser[24] als Kriterien des Anwartschaftsrechts die Möglichkeit seiner selbständigen Übertragung, den Schutz gegenüber unberechtigten Eingriffen Dritter und den Sukzessionsschutz gegenüber dem Vollberechtigten an, so erweist sich, daß der Erbe vor dem Erbfall an den Nachlaßgegenständen keine Anwartschaftsrechte erwirbt:

---

20) Kipp-Coing, Erbrecht, § 35 III 2 a E. (S.170).

21) a. A. offenbar BGHZ 37, 321 ff., wenn dort auch die Frage nicht entschieden wird.

22) Vgl. oben S.100 ff.

23) Vgl. oben S.104 .

24) Anwartschaften, S. 43.

(1) Die Rechtsposition des Erben vor dem Erbfall ist nicht übertragbar. Über den Nachlaß noch lebender Personen können Verträge mit sofortiger dinglich verfügender Wirkung nicht geschlossen werden,[25] und obligatorische Verträge sind grundsätzlich nichtig, § 312 Abs.1 BGB.

Eine Ausnahme, die zu einer gewissen Anerkennung von Rechten des Erben vor dem Erbfall nötigen könnte, macht jedoch § 312 Abs.2 BGB zugunsten künftiger gesetzlicher Erben. Sie können vor Eintritt des Erbfalls einen (obligatorischen) Vertrag über "Erbrecht" und "Pflichtteilsrecht" schließen. Was soll Leistungsgegenstand dieses Vertrages sein? Setzt § 312 Abs.2 BGB nicht eine Rechtsbeziehung des künftigen gesetzlichen Erben zum Vermögen des Erblassers voraus?

Die Aufnahme der Vorschrift in den zweiten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde damit begründet, daß in bestimmten Fällen ein Bedürfnis zu einer vorzeitigen Abfindung kraft Gesetzes erbberechtigter Personen bestehe. In diesen Fällen müsse der Abfindende eine gewisse (wenn auch nicht erbrechtlich wirkende) Sicherheit erhalten. Diese Sicherheit könne ihm ein obligatorisch wirkender Verzicht verschaffen.[26] Man mag aus diesen Gründen § 312 Abs.2 BGB seiner rechtspolitischen Intention nach für gerechtfertigt halten, die Art, wie er diese Intention zu verwirklichen gesucht hat, befriedigt jedenfalls nicht. Es bleibt unklar, worüber die künftigen gesetzlichen Erben oder Pflichtteilsberechtigten den Vertrag schließen sollen. Sicher ist nur, daß ein Verzicht ohne Mitwirkung des Erblassers die Erb- oder Pflichtteilsordnung nicht ändern[27] und auch eine entsprechende Verpflichtung nicht eingegangen werden kann. Deshalb ist es mit Endemann[28] für verfehlt zu halten, daß § 312 BGB Erbrecht und Pflichtteilsrecht als Leistungsgegenstand bezeichnet. Denn jedenfalls bilden sie keinen Leistungsgegenstand in dem Sinne, wie das Gesetz diesen Begriff im gesamten sonstigen Schuldrecht verwendet. Wenn die gegenwär-

---

25) Einhellige Auffassung, vgl. BGHZ 37, 319 (324 f. mit Nachw.); Erman-Groepper, Anm.2 zu § 312 mit Nachw.; Soergel-Siebert-Schmidt, RZ 2 zu § 312.

26) Prot. I S. 457.

27) Einhellige Meinung, vgl. Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 59 vor § 2346; RGZ 71, 133 (136).

28) Erbrecht, 1. Hälfte, § 9 II (S.63 f.).

tigen "Rechte" des künftigen Erben am Vermögen des Erblassers Leistungsgegenstand wären, müßte der Vertrag des § 312 Abs.2 BGB ein gefährliches Risikogeschäft sein. Der Erbe kann nur die Chance eines künftigen Erbschaftserwerbes verkaufen, weil er keinen Einfluß darauf hat, daß er wirklich Erbe wird. Denn der Erblasser kann ihn durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausschließen. Für diese bloße Chance würde das Entgelt gezahlt. Der spekulative Charakter, den das Geschäft dadurch bekommen würde, paßt aber nicht zu der Beschränkung solcher Verträge auf die gesetzlichen Erben, der ersichtlich der Gedanke zugrunde liegt, daß innerhalb der Familie auch schon vor dem Erbfall billigenswerte Maßstäbe für eine angemessene Erbteilung vorausgesetzt werden können.

Der Vertrag wird deshalb eher - dem Wortlaut des § 312 Abs.1 BGB entsprechend - als Vertrag über den künftigen Nachlaß aufzufassen sein. Die späteren gesetzlichen Erben setzen sich schon vor dem Erbfall über den Nachlaß auseinander. Dieser Auffassung neigt offenbar auch die herrschende Meinung zu. Sie nimmt an: Wer in dem Vertrage auf seine künftigen Rechte verzichte, müsse, wenn er Erbe werde, seine Rechte an den Nachlaßgegenständen oder, bei Erbenmehrheit, seinen Erbanteil auf den Abfindenden übertragen.[29] Werde er dagegen nicht Erbe, sei der Vertrag gegenstandslos, und die Abfindung könne kondiziert werden.[30] Streitig ist im wesentlichen nur, ob bei zu erwartender Erbenmehrheit mit dem obligatorischen Vertrage auch schon eine antizipierte Übertragung des Erbanteils verbunden werden kann.[31] Diese Frage kann hier aber auf sich beruhen, weil sie mit der angeblichen Anwartschaft des Erben nicht in Zusammenhang steht.

Für die Auffassung einer vorweggenommenen Erbauseinandersetzung mit Wirkung auf den Erbfall spricht auch, daß der Vertrag vor dem Erbfall nur

29) Erman-Groepper, Anm.2 zu § 312; Endemann, Erbrecht, 1.Hälfte, § 9 II (S.63 f.); Strohal, Erbrecht, Bd.I § 59 b Anm.7 (S.529).

30) Soergel-Siebert-Schmidt, RZ 3 zu § 312; Oertmann, Anm.4 zu § 312.

31) Bejahend: Endemann a.a.O.; Strohal, Erbrecht, Bd.II, § 64 Note 14a (S.95); Crome, Erbrecht, § 738 Note 34 (S.696); ablehnend:BGHZ 37, 319 (325 m.Nachw.); RGZ 65, 364 (366 f.); Planck-Greiff, Vorbem.2 vor § 2346.

eine begrenzte Schutzwirkung hat. Der Verfügende darf nur nicht selbst den Erbanfall verhindern, indem er zu seinem eigenen Ausschluß von der Erbfolge durch Erklärung eines Erbverzichts mitwirkt, oder die Erbschaft ausschlägt. Nur dann macht er sich ersatzpflichtig. Wird er ohne sein Zutun von der Erbfolge ausgeschlossen, braucht er dafür nicht einzustehen.[32)]

Es ist zuzugeben, daß auch durch die Konstruktion einer antizipierten Erbauseinandersetzung der Vertrag des § 312 Abs.2 BGB nicht auf eine ganz sichere Grundlage gestellt wird. Es bleibt noch manche Frage offen, wie z.B., ob der Verzichtende auch zur Erbteilsübertragung verpflichtet ist, wenn er nicht gesetzlicher, sondern testamentarischer Erbe wird,[33)] oder in welchem Maße Änderungen des vorausgesetzten Nachlaßwertes zu berücksichtigen sind. Das ist, bei fehlender Regelung,[34)] eine Frage der ergänzenden Vertragsauslegung. Dem Vertrag im ganzen nimmt aber diese Auffassung den Charakter eines Spekulationsgeschäfts. Sie ermöglicht es, jedenfalls im Grundsatz von einer angemessenen Wertrelation zwischen Abfindung und späterer tatsächlicher Nachlaßbeteiligung auszugehen.

Gegenstand eines Vertrages nach § 312 Abs.2 BGB ist also die Summe der künftigen Rechte des verzichtenden Erben am Nachlaß, bei Erbenmehrheit der Erbanteil, bei Alleinerbschaft die Rechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Deshalb nötigt auch § 312 Abs.2 BGB nicht zur Anerkennung besonderer Rechte des künftigen Erben am Erblasservermögen noch zu Lebzeiten des Erblassers.

(2) Auch gegen Eingriffe Dritter ist der künftige Erbe nicht geschützt. Er ist bis zum Erbfall lediglich Nutznießer des allgemeinen Vermögensschutzes, den der Erblasser genießt, und kann schädigende Eingriffe Dritter nicht

---

32) Oertmann, Anm.4 zu § 312.

33) Vgl. die Stellungnahmen mit Nachweisen bei Soergel-Siebert-Schmidt, Anm.3 zu § 312; Erman-Groepper, Anm.2 zu § 312.

34) Hier liegt eine besondere Schwierigkeit für die praktische Handhabung; Formularbücher der freiwilligen Gerichtsbarkeit empfehlen häufig die vertragliche Einführung von Wertstufen verbunden mit Nachzahlungs- oder Rückzahlungsverpflichtungen.

aus eigenem Recht abwehren.[35]

(3) Entscheidend spricht schließlich gegen ein Anwartschaftsrecht des Erben, daß er gegenüber nachlaßmindernden Verfügungen des Erblassers nur in ganz geringem Maße geschützt ist. Die scharfe systematische Trennung der Rechtsgeschäfte unter Lebenden von den Verfügungen von Todes wegen, des Erbrechts von den lebzeitigen Vermögensrechten, sichert dem Erblasser die grundsätzlich unbeschränkte und dinglich unbeschränkbare (§ 137 S.1 BGB)[36] Verfügungsbefugnis durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Deshalb kann er beliebig die Aussicht des Erben auf den Erwerb eines Nachlaßgegenstandes zerstören. Der Erbe genießt keinen Sukzessionsschutz. Daran muß letztlich die Konstruktion einer Anwartschaft scheitern.

Das Recht des Erblassers, unter Lebenden frei zu verfügen, wird nur in § 2287 BGB eingeschränkt. Lediglich Schenkungen, die in der Absicht gemacht werden, den Vertragserben zu beeinträchtigen, sind dem Erblasser verwehrt. Dieses Verbot wird von der Rechtsprechung noch eher restriktiv interpretiert: Nur wenn der Vertragserbe nachweisen kann, daß der Erblasser allein oder doch zumindest überwiegend zum Zwecke der Benachteiligung etwas verschenkte, und andere Motive nicht wesentlich mitwirkten, sollen ihm die Rechte aus § 2287 BGB zustehen.[37] Auch dann ist er durch

---

35) ausführlich G.Boehmer b.Staudinger, Einl.z.Erbrecht, § 20 RZ 2, und Fam.RZ 1961, S. 253 (254 f), der gegen RGZ 111, 151 (155 f) die Möglichkeit einer sittenwidrigen zum Schadensersatz nach § 826 BGB verpflichtenden Schädigung des künftigen Erben verneint; aber auch das Reichsgericht hatte diesen Anspruch nicht wegen Verletzung eines Anwartschaftsrechtes, sondern nur deshalb zugebilligt, weil für § 826 die Zerstörung einer tatsächlich bestehenden Erwerbsaussicht genüge; dagegen wendet Boehmer ein, daß diese Frage durch §§ 2325 ff BGB abweichend (und erschöpfend) geregelt sei; vgl. auch Bartholomeyczik, Erbrecht 7, § 3 I (S.6); der Erbe kann vor dem Erbfall auch keine Klage auf Feststellung seines Erbrechts gegen Dritte erheben, vgl. BGHZ 37, 137 (145 m.Nachw.).

36) Über Zulässigkeit und Bedeutung einer obligatorischen Bindung des Erblassers s. unten S. 112 ff.

37) BGH LM Nr.3 und 5 zu § 2287 (m.Nachw.); BGHZ 31, 13 (23); BGH FamRZ 64, 431; Mattern, DNotZ 64, 212 f.; kritisch Heinrich Lange, NJW 63, 1577 (Anm.90).

die Bereicherungshaftung des Beschenkten nur unvollkommen geschützt.[38]

Versuche der Rechtsprechung, die Trennung zwischen Testierfreiheit und Verfügungsfreiheit unter Lebenden aus Gründen der Billigkeit zu überwinden und die Beschränkung der Testierfreiheit auch auf die Freiheit zu Verfügungen unter Lebenden auszudehnen, sind erfolglos geblieben: Der Bundesgerichtshof hatte in mehreren Entscheidungen Verfügungen unter Lebenden für nichtig erklärt, weil der Erblasser damit ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag zum Nachteil des eingesetzten Erben ausgehöhlt habe. Solche Verfügungen seien gemäß § 134 BGB nichtig.[39] Die Entscheidungen erfuhren vor allem wegen der unverständlichen Berufung auf § 134 BGB berechtigten Widerspruch.[40] Tatsächlich hätte die Nichtigkeit allenfalls aus § 138 BGB hergeleitet werden können. Auch dabei wären aber die durch §§ 2286 ff. BGB gezogenen Grenzen zu beachten gewesen.[41]

Später ist der Bundesgerichtshof durch eine scheinbar nur geringfügige Einschränkung seiner Rechtsprechung wieder zur gehörigen Unterscheidung zwischen Testierfreiheit und lebzeitiger Verfügungsfreiheit zurückgekehrt: Es bedeute jedenfalls keine Aushöhlung des bindenden Testaments, wenn der Erblasser das mit der Zuwendung bezweckte Vermögensopfer bei Lebzeiten noch selbst erbracht habe[42]. Dieses Kriterium hat der Bundesgerichtshof seither wiederholt als das entscheidende bestätigt.[43][43a] Mit anderen Worten: Nicht schon dann, wenn der Erblasser eine ihm verwehrte Verfügung von Todes wegen durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ersetzen will,

---

38) Hier zeigt sich deutlich die innere Widersprüchlichkeit des Erbvertrages: die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers ist im Grunde nur halb durchgeführt, denn Verfügungsfreiheit unter Lebenden und Testierfreiheit sind nur deren verschiedene Seiten, vgl. oben Kap. 2, insbes. S. 30 ff.

39) BGH LM Nr. 4 und 9 zu § 2271; schon einschränkend BGHZ 26, 274 (280) (für Vereitelung eines Vermächtnisses).

40) Kipp-Coing, Erbrecht, 11. Bearb. § 38 III 4 (S. 181). vgl. auch 12. Bearb. § 38 IV 3 d (S. 188).

41) Mattern, MDR 60, 1.

42) BGH LM Nr. 11 zu § 2271 = DNotZ 61, 422 = NJW 61, 1111 = MDR 61, 402.

43) So zuletzt BGH DNotZ 64, 234; FamRZ 64, 429; vgl. den ausführlichen Überblick über die Rechtsprechung bei Mattern, DNotZ 64, 196 ff.

43a) Die neueste Rechtsprechung verfolgt diese Linie weiter, vgl. BGH DNotZ 65, 357 (358 ff), DNotZ 65, 617 (618 ff) (mit einer nicht ganz unbedenklichen Modifikation).

soll das Geschäft nichtig sein. Als weitere Voraussetzung muß hinzukommen, daß das Geschäft in seinen Wirkungen einer Verfügung von Todes wegen nahezu gleichsteht.

In der Beschränkung der Nichtigkeit auf solche Fälle ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu billigen.[44] Wenn durch eine verdeckte Verfügung von Todes wegen die Testierfreiheit contra legem erweitert werden soll, muß und kann solchen Versuchen aus dem Gesichtspunkt der Umgehung eines gesetzlichen Verbots gesteuert werden. Nicht die Freiheit zu Verfügungen unter Lebenden wird dann eingeschränkt, sondern die Testierfreiheit wird in den ihr durch die Selbstbindung des Erblassers gesetzten Grenzen gehalten. Die Verfügungen von Todes wegen müssen von den lebzeitigen Verfügungen deshalb sinngerecht abgegrenzt werden, weil das Gesetz sowohl für korrespektive Testamente als auch für Erbverträge Testierfreiheit und lebzeitige Verfügungsfreiheit ungleich behandelt hat. Bei der Durchführung der Abgrenzung entsteht dann eine ähnliche Problematik wie bei der Anwendung des § 2301 Abs.2 BGB auf Schenkungen von Todes wegen. Auch dort wird darauf abgestellt, ob der Erblasser bei Lebzeiten den versprochenen Gegenstand endgültig weggegeben hat.[45]
Noch von einem anderen Ansatzpunkte her versucht die Rechtsprechung, die Freiheit des Erblassers zu Verfügungen unter Lebenden einzuschränken. Weil man sich nach §137 S.2BGB verpflichten kann, über einen Gegenstand unter Lebenden nicht zu verfügen, soll man eine derartige Verpflichtung auch im Zusammenhang mit einer Verfügung von Todes wegen eingehen können,[46] entweder direkt dem Erben gegenüber oder zu seinen Gunsten, § 328 BGB.[47] Da die Verpflichtung formlos vereinbart werden kann, soll auf ihre Eingehung auch aus den Umständen geschlossen werden können, etwa daraus, daß der Bedachte durch die Zuwendung "zu irgendeinem für den Erblasser günstigen Verhalten veranlaßt werden sollte".[48] Verstößt dann der Erb-

44) Völlige Aufgabe dieser Rechtsprechung und Begrenzung des Schutzes auf §§ 2287/2288 BGB fordert Heinrich Lange, NJW 63, 1576.

45) Vgl. dazu Wieacker, Festschrift f. H. Lehmann (1956), S.271 ff. (insbes. S.277, 279).

46) BGHZ 31, 13 (18 m.Nachw.); BGH FamRZ 64, 429; Heinrich Lange, NJW 63, 1576 f.; einschränkend Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht, § 21 RZ 2, 3.

47) Vgl. Kohler, NJW 64, 1393 (1395).

48) BGH a.a.O.

lasser durch Veräußerung des Gegenstandes gegen die Unterlassungspflicht, soll er sich schadensersatzpflichtig machen. Die Schadensersatzpflicht soll auf den Erben übergehen, und dieser soll sie, wenn der veräußerte Gegenstand in sein Vermögen gekommen ist, naturaliter, also durch Rückübertragung, erfüllen.[49]

Diese Konstruktion überzeugt jedoch nicht. Es ist schon bedenklich, eine formlose, ja sogar stillschweigende Begründung der Unterlassungspflicht des Erblassers für zulässig zu halten.[50] Damit ließe sich schließlich für alle gemeinschaftlichen Testamente und Erbverträge eine Bindung des Erblassers begründen, die auch die Verfügungsfreiheit unter Lebenden einschränkt. Wenigstens müßte deshalb eine ausdrückliche Verpflichtungserklärung des Erblassers verlangt werden, die zweckmäßig zusammen mit dem Testament oder Erbvertrag zu beurkunden wäre.[51]

Die Konstruktion vermag aber auch gar nicht zu leisten, was man von ihr erwartet. Voraussetzung für die Realisierung des Unterlassungsanspruchs ist, daß der Empfänger des veräußerten Gegenstandes Erbe wird. Schlägt er die Erbschaft aus, oder hat der Erblasser den Gegenstand an einen Dritten veräußert, geht der Unterlassungsanspruch ins Leere.

Sogar dann, wenn der Erwerber später Erbe wird, kann er den auf Herausgabe gerichteten Schadensersatzanspruch durch Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß vereiteln, weil der Gegenstand ihm unter Lebenden zugewendet worden ist und deshalb nicht in den Nachlaß fällt.

In den Fällen endlich, da der Erblasser die wesentliche Substanz seines Vermögens veräußert und den Nachlaß praktisch erschöpft hat, hilft nicht einmal immer ein Wertersatzanspruch. Auch dann kann dem begünstigten Erben nicht verwehrt sein, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Ließe man in diesen Fällen etwa eine Arglisteinrede gegenüber der Haftungsbeschränkung zu, würde der Unterschied zwischen Verfügungsfreiheit unter Le-

49) BGH LM Nr.3 § 137 BGB = NJW 63, 1602 = MDR 63, 578 = DNotZ 64, 232; zustimmend insoweit Mattern, DNotZ 64, 214 f.

50) So das vorige Anm. zit. Urteil.

51) Das wird auch von Mattern, a.a.O., gefordert.

benden und Testierfreiheit, auf dem die ganze Konstruktion aufbaut, am Ende doch wieder aufgehoben.

Allenfalls könnte § 419 BGB angewendet werden, der aber eine Veräußerung des ganzen Vermögens oder der wesentlichen Vermögenssubstanz an eine einzelne Person voraussetzt und im letzten Falle nur gilt, wenn dem Erwerber der Sachverhalt bekannt ist. [52]

Ebenso unvollkommen schützt die Verpflichtung des Erblassers den Bedachten vor dem Erbfall. Einem Veräußerungsverbot steht § 137 S.1 BGB entgegen. [53] Auch vollen Schadensersatz kann der Bedachte nicht verlangen, sondern höchstens Ersatz des Schadens, der schon wegen der Unmöglichkeit künftigen (!) Erwerbs eingetreten ist. [54]

Auch die Verpflichtung des Erblassers, über alle oder bestimmte wesentliche Gegenstände seines Vermögens nicht zu verfügen, vermag also dem Erben keine Anwartschaft auf diese Gegenstände zu verschaffen. [55][56]

Die Freiheit zu Verfügungen unter Lebenden wird also außer durch § 2287 BGB nicht eingeschränkt. Der künftige Erbe erwirbt immer nur eine unsichere Aussicht, gleichgültig, worauf sein Erbrecht beruht. Wie schwach seine Stellung

52) Kohler, NJW 64, 1397 f.

53) So mit Recht Heinrich Lange, NJW 63, 1576; anders die herrschende Auffassung, vgl. die Nachweise ebda., Anm.84.

54) Heinrich Lange a.a.O., Anm.84 a.E.

55) Weil der BGH bisher (BGHZ 31, 13 (18 f.) und BGH LM Nr.3 zu § 137 BGB (richtig und ablehnend noch BGHZ 12, 115 (121 ff.)) nur den Schutz des Vermächtnisnehmers durch eine Abrede nach § 137 S.2 BGB behandelt hat, soll darauf hingewiesen werden, daß die Beschränkung der Erbenhaftung auf den Nachlaß auch den Anspruch des Vermächtnisnehmers aus einer solchen Abrede vereitelt. In diesen Fällen ein gesetzliches Verschaffungsvermächtnis anzunehmen verbietet sich, weil sonst eine Erblasserverpflichtung unter Lebenden erbrechtlich (!) durchgesetzt werden würde (vgl. außerdem § 2288 Abs.2 BGB: Verschaffungsvermächtnis nur bei Benachteiligungsabsicht!).

56) Zur Haftung des Hofübernehmers für ein Vermächtnis vgl. BGHZ 37, 192; hier ist die besondere Behandlung des Hofübergabevertrages nach § 17 HöfeO maßgebend, vgl. unten zu c (S.115 ff.)

tatsächlich ist, zeigt eine instruktive Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone aus dem Jahre 1948:[57]

Der Erblasser hatte seine zweite Tochter in einem Erbvertrag zur Alleinerbin auf seinen Hof eingesetzt. Die erste Tochter hatte dem Erblasser gegenüber auf ihr Erbrecht verzichtet und sich nach § 312 Abs.2 BGB ihrer Schwester gegenüber verpflichtet, ihr etwaige künftige Rechte an dem Hof zu übertragen. Später übertrug der Erblasser durch Verfügung unter Lebenden den Hof im Widerspruch zu der vertraglichen Erbfolgeregelung auf seine erste Tochter. Die zweite Tochter klagte nach seinem Tode gegen die erste Tochter auf Auflassung des Hofes. Der Klage wurde lediglich auf Grund des obligatorischen Vertrages zwischen den beiden Töchtern stattgegeben; Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag wurden also der Übertragung des Hofes unter Lebenden gegenüber als wirkungslos angesehen.

c) Der Anwartschaftsgedanke im Höferecht

Gerade dieser Fall würde heute allerdings anders beurteilt werden, weil in Fällen der Hofesnachfolge Beschränkungen der Testierfreiheit auf die lebzeitige Verfügungsfreiheit und umgekehrt deren Beschränkungen auch auf die Testierfreiheit ausgedehnt werden. Nach § 17 Abs.1 der für die Länder der ehemaligen Britischen Zone geltenden Höfeordnung nimmt der Hofübergabevertrag die Hoferbfolge vorweg. Daraus haben Rechtsprechung und Lehre die Folgerung abgeleitet, daß der Übergabevertrag im Verhältnis zu Verfügungen von Todes wegen und zu anderen Übergabeverträgen wie ein Erbvertrag zu behandeln ist.[58] Ein Übergabevertrag, der von einem bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag abweicht, ist unwirksam.[59] Umgekehrt ist auch die Hoferbenbestimmung durch Erbvertrag unwirksam, wenn sie von einem vorher geschlossenen und noch nicht

57) OGH BrZ 2, 175.

58) Dogmatisch korrekt wird man von analoger Anwendung des § 2289 BGB sprechen müssen, weil der Übergabevertrag Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, vgl. Kroeschell, Landwirtschaftsrecht, § 9 RZ 203 ff. (S.55 f.); ausführlich auch Lange-Wulff, RZ 226d zu § 17 HöfeO;

59) BGH DNotZ 51, 343; RdL 52, 132; 63, 270.

ausgeführten Hofübergabevertrag abweicht.[60] Schließlich ist auch ein Übergabevertrag unwirksam, der im Widerspruch zu einem früheren und noch nicht ausgeführten Übergabevertrage einen neuen Hofesübernehmer bestimmt.[61]

Die Grenze zwischen der Testierfreiheit und der Freiheit zu Verfügungen unter Lebenden wird hier also in einem Teilbereich dadurch aufgehoben, daß mit dem Übergabevertrag ein Rechtsgeschäft unter Lebenden den bindenden Verfügungen von Todes wegen gleichgestellt wird. Auf diesem Wege wird der Schutz, den der durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag eingesetzte Hoferbe nach §§ 2271, 2289 BGB nur gegen abweichende Verfügungen von Todes wegen genießt, erweitert, so daß er auch gegenüber oder unter abweichenden Übergabeverträgen gilt. Man mag deshalb mit größerer Berechtigung als im allgemeinen Erbrecht von einer Anwartschaft des vertraglich eingesetzten Hoferben auf den Hof sprechen,[62] muß aber bedenken, daß andere Verfügungen unter Lebenden als Übergabeverträge, etwa der Verkauf des Hofes[63] oder die Veräußerung in einzelnen Parzellen in den Schutzbereich der §§ 2271, 2289 BGB nicht miteinbezogen sind. Der Hoferbe ist - ebenso wie der Erbe nach allgemeinem bürgerlichem Recht[64] - auch nicht gegen Eingriffe Dritter geschützt und kann seine Erbenstellung nicht auf einen anderen übertragen. Auch für eine Anwartschaft des Hoferben verbleibt deshalb wenig Substanz.

Unabhängig davon, ob man dem Hoferben eine Anwartschaft zusprechen will, bietet der Hofübergabevertrag jedenfalls ein Lehrbeispiel dafür, daß die vertraglich bindende Erbeinsetzung ohne gleichzeitige Beschränkung auch der Freiheit zu Verfügungen unter Lebenden dem Vertragserben keine Anwartschaft zu verschaffen vermag. Nur wenn die Trennung der Testierfreiheit von der lebzeitigen Verfügungsfreiheit aufgehoben würde, könnte das Erbrecht des Vertragserben als Summe der Anwartschaften auf die einzelnen Nachlaßgegenstände behandelt werden.

60) OLG Celle, NdsRpfl 60, 62. kritisch Schulte, RdL 60, 316 f
61) BGH MDR 52, 414 mit zustimmender Anm. von Rötelmann.
62) So BGH DNotZ 51, 360.
63) Vgl. BGH DNotZ 51, 343.
64) Vgl. oben S.109 f.

d) Die Vormerkbarkeit von Vermächtnisansprüchen

Schließlich gehört in diesen Zusammenhang noch ein Problem, das die Rechtsprechung wiederholt beschäftigt hat, nämlich, ob für einen auf einem Erbvertrag beruhenden Vermächtnisanspruch, der auf Übereignung eines Grundstückes gerichtet ist, eine Auflassungsvormerkung eingetragen werden kann. Es darf bei nur einer abweichenden Entscheidung[65] als gesicherte Rechtsprechung gelten, daß die Eintragung einer solchen Vormerkung nicht zulässig ist.[66] Das wird zutreffend wie folgt begründet:

Der Vermächtnisnehmer erwürbe vor dem Erbfall im Hinblick auf § 2169 BGB und auf das Verfügungsrecht des Erblassers keinen gesicherten Anspruch. Es fehle an einer festen, die Gestaltung des Anspruchs bestimmenden Grundlage, die die Eintragung einer Vormerkung rechtfertigen könnte. Auch hier hindert also das Recht des Erblassers, unter Lebenden zu verfügen, daß der Vermächtnisnehmer mehr als eine bloße tatsächliche Aussicht erwirbt.[67][68]

---

65) OLG Celle, DNotZ 52, 236; zustimmend Schulte, DNotZ 53, 355.

66) Vgl. BGHZ 12, 115, m.Nachw.; außerdem auch Hieber, DNotZ 52, 432.

67) Nach Raiser, Anwartschaften, S.8, Anm.22, soll die Vormerkbarkeit damit, ob das Vermächtnis eine Anwartschaft begründet, nichts zu tun haben. Sie soll daran scheitern, daß sich der Vermächtnisanspruch gegen den Erben und nicht gegen den Erblasser richtet (Diesen Gedanken verwendet der BGH, a.a.O., S.120, als Hilfsbegründung). Damit bezieht sich Raiser auf den Unterschied zwischen Vermächtnis und Vermächtnisanspruch, der entsprechend den Ausführungen zu dem Unterschied von Pflichtteilsrecht und -anspruch (oben S.102) seinerseits wieder für die Beurteilung wesentlich ist, ob das Vermächtnis eine Anwartschaft gewährt.

68) Über die Schwäche des Schutzes, den ein Versprechen des Erblassers nach § 137 S.2 BGB gewähren soll, s.o.S. 114 Anm. 55.

e) Verfügungen von Todes wegen und Erbregelung durch lebzeitige Geschäfte auf den Todesfall

Der Erblasser kann die Nachfolge in sein Vermögen auch durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden regeln. Er kann, wie es etwa durch Hofübergabevertrag häufiger geschieht, sein Vermögen schon vor seinem Tode unbedingt auf einen Nachfolger übertragen, er kann sich aber auch unter Lebenden mit Wirkung auf den Todesfall verpflichten oder mit gleicher Wirkung verfügen. Diese zuletzt genannten Geschäfte scheinen, wenn man auf ihre endgültige Wirkung sieht, den Verfügungen von Todes wegen durchaus ähnlich. Erst mit dem Tode des Erblassers erwirbt der Begünstigte den Anspruch oder die ihm zugewendeten Gegenstände. Sieht man jedoch darauf, wie der Rechtserwerb unter Lebenden vorbereitet wird, so fällt ein wesentlicher Unterschied gegenüber den Verfügungen von Todes wegen auf: wesentlich vor allem nach der hier vertretenen These, daß das subjektive Erbrecht dem Erben vor dem Erbfall keine Anwartschaft vermittelt: Lebzeitige Rechtsgeschäfte auf den Todesfall begründen immer auch eine Bindung des Erblassers unter Lebenden.[69] Sie setzen die Bindung des Erblassers wesensnotwendig voraus, während für die echte Erbfolgeregelung die lebzeitige Verfügungsfreiheit charakteristisch ist.

Die lebzeitige Zuwendung auf den Todesfall wird in zwei Entwicklungsstufen verwirklicht. Die erste Stufe, vom Abschluß des Geschäfts bis zum Erbfall, ist durch eine mindestens obligatorische Bindung des Erblassers gekennzeichnet. Hat er sich aufschiebend bedingt oder befristet (§ 163 BGB) verpflichtet, so kann der Bedachte bei Beeinträchtigung oder Vereitelung seines Rechts Schadensersatz verlangen, § 160 Abs.1 BGB. Hat der Erblasser in gleicher Weise verfügt, so ist der Bedachte - abgesehen von den Fällen gutgläubigen Erwerbs - auch gegenüber Dritten geschützt, § 161 Abs.1, 3 BGB. Er erhält also anders als der Erbe schon vor dem Erbfall eine geschützte Rechtsposition, eine echte gesicherte und übertragbare[70] Anwartschaft.

---

69) Vgl. etwa Heinrich Lange, Erbrecht, § 31 6c (S. 326).

70) Vgl. Staudinger-Coing, RZ 6 zu § 158, 1 zu § 160, 1 zu § 161; Erman-Hefermehl, Anm.3 zu § 158; die Vererblichkeit ist durch die Art der Bedingung ausgeschlossen.

§ 2301 BGB kommt unter diesem Aspekt nur folgende Bedeutung zu: Als Grundlage einer unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall[71] soll eine obligatorische Bindung des Erblassers nicht genügen. Deshalb wird das Schenkungsversprechen auf den Todesfall wie eine Verfügung von Todes wegen, genauer, wie ein Vermächtnis behandelt,[72] und die Bindung des Erblassers unter Lebenden wird überhaupt beseitigt, §§ 2301 Abs.1, 2286 BGB. Wird aber die Bindung des Erblassers verstärkt, etwa durch aufschiebend bedingte oder befristete dingliche Verfügung,[73] so ist der spätere Vollrechtserwerb vor dem Erbfall genügend vorbereitet, § 2301 Abs.2 BGB. So verstanden soll die Vorschrift nicht den Erblasser zur Benutzung erbrechtlicher Gestaltungsformen zwingen (denn damit wäre die Zulassung eines aufschiebend bedingten dinglichen Vollzuges schlechthin unvereinbar), sondern der Erblasser soll zu seinem eigenen Schutze nur bei ihm sofort fühlbarer Bindung bis zu seinem Tode an der unentgeltlichen Zuwendung festgehalten werden.[74] Bei Übertragung von Grundstücken ist dieses Verfahren allerdings durch § 925 Abs.2 BGB ausgeschlossen. Indessen kann hier zu den Streitfragen über Sinn und Grenzen der Vorschrift nicht näher Stellung genommen werden.[75] Hier geht es nur darum aufzuzeigen, daß § 2301 BGB eine Bindung des Erblassers unter Lebenden bei Zuwendung auf den Todesfall als selbstverständlich voraussetzt.

Mit dem Erbfall tritt die Bedingung für den endgültigen Rechtserwerb ein. Die Anwartschaft des Bedachten wird zum obligatorischen oder dinglichen Vollrecht. Darin liegt eine bloße Verstärkung der Anwartschaft. Zwischen ihr und dem Vollrecht besteht nur ein quantitativer Unterschied, dessen Ausmaß ihn wohl noch nicht zum qualitativen macht.

---

71) Ob § 2301 auch für befristete Schenkungen in Erwartung des Todes gilt, ist streitig, vgl. Wieacker, Festschrift f. H. Lehmann (1956), S.280; Staudinger-Dittmann, RZ 13 § 2301.

72) Kipp-Coing, Erbrecht, § 81 III 2b (S.356).

73) Mot. V, S. 352; Staudinger-Dittmann, RZ 19 zu § 2301 m.Nachw.

74) Ähnlich wird § 2301 Abs.2 BGB offenbar von Wieacker, Festschrift f. H. Lehmann (1956), S. 279, interpretiert.

75) Siehe dazu Wieacker, a.a.O., S. 272 ff., und Boehmer bei Staudinger, Einl. zum Erbrecht § 26; Kipp-Coing, Erbrecht, § 81 I 3, II (S.348 ff.).

Diese Art des Vollzuges hat außer der zeitlich ähnlichen Wirkung mit dem Erwerb kraft Verfügung von Todes wegen keine Berührungspunkte, denn jedenfalls bezieht sie sich auf bestimmte Gegenstände. Das subjektive Erbrecht ist auf den Eintritt in die Erbenstellung im ganzen, mit allen ihren Rechten und Pflichten, gerichtet. Deshalb unterscheidet es sich nicht nur quantitativ, sondern substantiell von den Rechten an den einzelnen Nachlaßgegenständen mit der Folge, daß es eine Konkretisierung des erbrechtlichen Erwerbs zu einer Anwartschaft vor dem Erbfall und später deren Verstärkung zum Vollrecht nicht geben kann.

3. Die sogenannte Anwartschaft des Pflichtteilsberechtigten

Auch der Pflichtteilsberechtigte hat zu Lebzeiten des Erblassers kein Anwartschaftsrecht. Der Pflichtteilsanspruch entsteht erst mit dem Erbfall. Vorher ist der Anspruch in seinen Grundlagen noch nicht gesichert. Zwar kann das Pflichtteilsrecht im Regelfalle nicht entzogen werden. Das entspricht aber etwa der Bindung des Erblassers an die vertragliche Erbeinsetzung, ist also keine Besonderheit, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnte. Zudem läßt das Pflichtteilsrecht den Pflichtteilsanspruch nur dann entstehen, wenn der Berechtigte nicht oder nur unter bestimmten, ihn beschränkenden Anordnungen zur Erbfolge gelangt (§§ 2303 ff. BGB).

Letztlich entscheidet auch hier wieder, daß der Pflichtteilsberechtigte gegen eine Verminderung des Nachlasses durch Verfügungen unter Lebenden nur in ganz geringem Maße geschützt ist. Der Schutz, den ihm die §§ 2325, 2329 BGB gegen Schenkungen des Erblassers gewähren sollen, muß schon angesichts der Möglichkeit versteckter oder gemischter Schenkungen als fragwürdig erscheinen. Der Pflichtteilsberechtigte wird sich praktisch doch allein auf das Verantwortungsbewußtsein des Erblassers verlassen müssen. Auch wenn der Erblasser keine Schenkungen macht, sondern sein Vermögen in anderer Weise aufzehrt oder durchbringt, ist der Pflichtteilsanspruch wertlos. Dieses gilt selbst dann, wenn andere vorübergehend Nutzen aus dem Verhalten des Erblassers gezogen haben. Denn sie haften dem Pflichtteilsberechtigten nur nach Bereicherungsgrundsätzen (§ 2329 BGB). Es bedarf also kaum noch des Hinweises auf die zeitliche Beschränkung des Schutzes (§ 2325 Abs. 3

BGB), um die Schwäche der Stellung des Pflichtteilsberechtigten darzutun, die es ausschließt, ihn sonstigen Anwartschaftsberechtigten gleichzustellen.

II. Der positive Gehalt der Erbrechtsverträge

Erb- und Pflichtteilsrecht sind also keine Anwartschaftsrechte. Sie erweisen sich als substanzlos.[76] Es erscheint auch als wenig sinnvoll, von den Anwartschaftsrechten die bloßen Anwartschaften als Rechtspositionen minderer Art zu unterscheiden und diesen das Erbrecht und das Pflichtteilsrecht zuzuweisen.[77] Wenn einer Rechtsposition jegliche bedeutsame Eigenständigkeit fehlt, ist mit der bloßen Kennzeichnung als Anwartschaft nichts gewonnen. Systematische Konsequenzen lassen sich aus einer zudem noch "schwachen" Anwartschaft[78] nicht mehr ziehen.

Die Auffassung, daß das subjektive Erbrecht dem Erben nicht Rechte am Nachlaß, das Pflichtteilsrecht dem Pflichtteilsberechtigten nicht unmittelbar den Pflichtteilsanspruch oder beiden auch nur Anwartschaftsrechte irgendwelcher Art verschaffen, drängt dazu, ihre Bedeutung allein in der Rechtsmacht zu suchen, die sie den Dispositionsberechtigten gewähren. Nicht die Vererblichkeit des Vermögens, nicht die regelmäßig unentziehbare Mindestbeteiligung am Nachlasse eines nahen Verwandten werden im Erbrecht und im Pflichtteilsrecht verkörpert. Sie hätten als vorgegeben in anderer Weise vom Gesetz berücksichtigt werden können. Wenn die Berufung des Erben zur Erbfolge, des nahen Angehörigen zum Pflichtteilsanspruch in der Form des Erb- und Pflichtteilsrechts erscheinen, so nur, um eine Dispositionsmöglichkeit zu eröffnen und zu begrenzen. Erb- und Pflichtteilsrecht erfüllen lediglich eine Hilfsfunktion. Sie stehen für die noch nicht faßbaren,

---

76) Treffend bemerkt Cohn, GruchBeitr 47, 257, für den Erbverzicht: Nur in der Möglichkeit ihrer Vernichtung liege die Anerkennung einer Rechtsbeziehung des künftigen Erben zum späteren Nachlaß.

77) Raiser, Anwartschaften, S. 8 f.

78) Raiser a.a.O.: Der gesetzliche Erbe soll noch eine "schwache Anwartschaft" haben.

nicht konkretisierten[79] Beziehungen zum Nachlaß und Pflichtteilsanspruch, um an deren Stelle dem Erblasser und, im Falle des Erbverzichts, dem Verzichtenden als Dispositionsobjekt zu dienen.

Das läßt sich besonders gut am Beispiel des Pflichtteilsrechts zeigen. Mit der gesetzlichen Fixierung der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen, die den Pflichtteilsanspruch entstehen lassen, ist die Berechtigung der nächsten Verwandten bereits hinlänglich bestimmt. Ein besonderes Pflichtteilsrecht als Grundlage des Pflichtteilsanspruchs wäre, allein am Maßstab ihres Interesses gemessen, überflüssig. Wozu anders sollte es also dienen, als den Pflichtteilsanspruch schon vor dem Erbfall der Zerstörung durch Entzug oder Verzicht zu unterwerfen?

Wenn Erbrecht und Pflichtteilsrecht bloße Dispositionsobjekte ohne Eigenwert in der Hand des Erblassers oder, im Falle des Erbverzichts, des Erben und Pflichtteilsberechtigten sind, muß sich die Frage aufdrängen, ob nicht ausschließlich in der Änderung der gesetzlichen Erbfolge- und Pflichtteilsordnung die Wirkung der Erbrechtsverträge liegt,[80] mit anderen Worten, ob die Erbrechtsverträge nicht Rechtssätze für einen zunächst noch hypothetischen Fall enthalten, die die gesetzliche Regelung abändern, ergänzen oder auch ersetzen.[81]

---

79) Nach Siebert, Festschrift f. Hedemann, S. 245, ist § 2287 BGB, der allein für eine Konkretisierung sprechen könnte, Ausfluß einer besonderen Schutzwirkung, die gerade die Vertragsform gewährt. Diese Schutzwirkung ist in der Tat dem Erbrecht fremd und kann nur latent fortwirkenden Elementen des Rechtsgeschäfts unter Lebenden zugeschrieben werden, die sich in der Vertragsform erhalten haben.

80) So wird die Wirkung des Erbverzichts häufig umschrieben, ohne daß jedoch auf eine rechtsetzende Funktion geschlossen wird; vgl. etwa Baumgärtel, DNotZ 59, 64; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, S. 31; ähnlich auch BGHZ 24, 372 (375); am entschiedensten noch Endemann, Erbrecht, 1. Hälfte, § 9 II b (S.65).

81) Walsmann, Verzicht, S. 296 f., räumt ein, daß der Erbverzicht "in hohem Maße der Rechtslage ähnelt, die man beim Ausschluß dispositiver Normen findet", glaubt aber, mit der Konstruktion eines antizipierten Verzichts den Erbverzicht für die Verzichtslehre retten zu können, vgl. oben S. 103 Anm.15; weitergehend Endemann, Erbrecht, 1. Hälfte, § 88 II b (S.664) und § 9 II b (S.65): der Erbverzicht sei kein echter Verzicht, sondern die Erbfolgeordnung werde unter Ausschluß objektiven Rechts geändert.

Für diese Auffassung lassen sich einmal Stellung und Fassung der §§ 1937 - 1941 BGB anführen. Daß unmittelbar nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge die Testierfreiheit nach Wirkung und Grenzen erschöpfend bestimmt wird, kommt einer Ermächtigung des Erblassers zur Änderung der gesetzlichen Erbfolge gleich.

Außerdem muß auffallen, daß der Erblasser sich damit begnügen kann, Erben nur von der Erbfolge auszuschließen (§ 1938 BGB) oder sie zum Verzicht auf ihr Erbrecht zu bewegen. Das bedeutet, daß er auch zur Verwirklichung seiner von der gesetzlichen Erbfolgeordnung abweichenden Wünsche sich eben dieser Erbfolgeordnung bedienen kann. Wenn ein gesetzlicher Erbe enterbt wird oder auf sein Erbrecht verzichtet, erhalten die übrigen gesetzlichen Erben auch ohne entsprechende weitere Anordnung des Erblassers entsprechend erhöhte Erbteile. In diesen Fällen ist die gesetzliche Erbfolge durch Testament modifiziert. Es entsteht eine neue, spezielle und, wie man folgern darf, auch einheitliche Erbfolgeordnung. Man kann nicht den Schluß ziehen, daß in einem solchen Falle das fortwirkende Rechtsgebot der gesetzlichen Erbfolgeregelung sich in die Rechtsfolgewirkung eines Rechtsgeschäfts verwandelt habe. Woher soll dann aber die Elastizität der gesetzlichen Erbfolgeordnung kommen, die dem Erblasser eine nur fragmentarische Verfügung erlaubt? Offenbar doch daher, daß der Erblasser der gesetzlichen Erbfolgeordnung einen neuen Rechtssatz hinzufügen darf, durch den er jene selbst für einen Einzelfall verändert. Darin liegt ein Unterschied zur bloßen rechtsgeschäftlichen Verdrängung dispositiven Rechts. Bei dieser wird die gesetzliche Regelung nicht geändert, sondern kommt gar nicht zur Anwendung, hier kann der Erblasser sie inhaltlich verändern. Denn der erhöhte Anteil bleibt gesetzlicher Erbanteil. Beispielsweise gilt § 1935 BGB auch für den Ausschluß von der Erbfolge nach § 1938 BGB.[82)]

Auch von der Idee der Rechtssetzung her spricht nichts dagegen, in den Verfügungen von Todes wegen und dem Erbverzicht Modifikationen des objektiven Rechts und insofern Rechtsetzungsakte zu sehen. Das Prinzip sachlicher Richtigkeit, das in der gesetzlichen Erbfolgeordnung verwirklicht werden soll,[83)] erfährt in der Testierfreiheit eine Verfeinerung. Richtig verstanden soll die Testierfreiheit dazu dienen, die typisierende gesetzliche Erbfolge-

82) Erman-Bartholomeyczik, Anm. 4a zu § 1935.
83) Schmidt-Rimpler, AcP 147, 161.

ordnung an die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles anzupassen, und erfährt daher ihre Berechtigung.[84] Das Korrektiv für einen Mißbrauch der Testierfreiheit bleibt das Pflichtteilsrecht.[85]

Freilich ist zu bedenken, daß der Erblasser die in einem Testament angeordnete Erbfolge jederzeit willkürlich ändern kann. Auch die nur wenige Stunden aufrecht erhaltene letztwillige Verfügung ändert zunächst die gesetzliche Erbfolgeordnung. Jeder Widerruf eines Testamentes enthielte deshalb die Aufhebung eines objektiven Rechtssatzes, und der Widerruf eines späteren Testamentes erfüllte sogar die doppelte Funktion, einen Rechtssatz aufzuheben und zugleich einen früheren Rechtssatz wieder zur Geltung zu bringen (§ 2258 Abs.2 BGB).

Zwar tritt Ähnliches auch beim dispositiven Recht hervor, dessen Geltung die Parteien für kurze Zeit ausschließen oder durch Aufhebung ihrer Vereinbarungen wieder in Kraft treten lassen können. Allein handelt es sich hierbei um eine bloße Verdrängung objektiver Rechtsnormen, die, wenn der sie verdrängende Tatbestand wegfällt, von selbst wieder Geltung erlangen, während durch den Widerruf eines Testamentes der in ihm enthaltene Rechtssatz selbst beseitigt werden würde.

Zudem trifft jede Verfügung von Todes wegen eine spezielle Regelung, während ein Rechtssatz regelmäßig für eine Mehrzahl von Fällen gilt. So erfaßt der Tarifvertrag als zur Zeit einziges Geschäft mit nahezu unbestrittener Normwirkung eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen,[86] und auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen, soweit man in ihnen Rechtssätze sehen will, enthalten eine allgemeine Regelung.

Zwar kann es auch für ein einzelnes dauerndes Rechtsverhältnis spezielle objektive Rechtssätze geben,[87] so daß die Beschränkung auf das Vermögen einer einzelnen Person die Rechtssatzqualität der Erbfolgeregelung

84) Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht, § 17 RZ 3.
85) Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht, § 13.
86) Auch hier lassen sich Bedenken geltend machen, vgl. Ramm, JZ 62, 178.
87) So mit Recht für die Bildung von Gewohnheitsrecht O. v. Gierke, Privatrecht, Bd.I, § 20, Anm. 55 (S.172) und § 34 II 3 mit Anm.10(S.305).

noch nicht ausschließt. Auch die nach Art. 57, 58 EGBGB bis zum Inkrafttreten der Weimarer Verfassung gültig gebliebenen Hausgesetze beschränkten sich auf einzelne Vermögensmassen und enthielten gleichwohl objektives Recht. Die Wirkung der Erbfolgeregelung ist aber noch in einem weiteren entscheidenden Punkte beschränkt: Im Unterschied zu den Hausgesetzen gilt die Verfügung von Todes wegen des Bürgerlichen Gesetzbuches nur für einen einzigen Erbfall. Wenn es auch gewisse Möglichkeiten für eine Bindung des Nachlasses über den Erbfall hinaus gibt, wie die Anordnung einer Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB), den Ausschluß der Erbteilung (§ 2044 Abs. 1 BGB) oder den Abschluß eines Erbvertrages unter Beteiligung mehrerer Generationen,[88] so sind solchen Bindungen doch Grenzen gesetzt (§§ 2109, 2044 Abs. 2 BGB). Über mehrere Generationen kann ein Vermögen nur dann gebunden werden, wenn schon ein Repräsentant der nächsten Generation lebt.[89] Die Individualerbfolge wird gegenüber der Familienerbfolge bevorzugt, die Bildung verschleierter Fideikommisse verhindert.[90]

Diese einmalige, gleichsam punktuelle Wirkung der Verfügung von Todes wegen spricht am ehesten dagegen, die Erbfolgeregelung durch den Erblasser als Rechtssetzungsakt zu behandeln. Der Erblasser kann sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode nicht besonderen Rechtssätzen unterstellen, die für verschiedene Erbfälle Geltung haben könnten. Seine Anordnungen erschöpfen sich in einmaliger Wirksamkeit.

Auch diese Bedenken wiegen allerdings nicht schwer, wenn man den Grund für die Ermächtigung des Erblassers zur Erbfolgeregelung gerade in der Beschränkung dieser Regelung auf einen Erbfall sieht. Dann bedürfte es aber noch einer besonderen Auseinandersetzung mit der Lehre von der Privatautonomie, nach der jedes Vertragsverhältnis eine von den Beteiligten geschaffene Sonderordnung ist.[91] Wenn nämlich jeder privatautonomen Gestaltung Rechtssatzqualität beigelegt wird, läßt sich

88) Auf diese Möglichkeit weisen Staudinger-Dittmann, Vorbem. RZ 2 vor § 2277, unter Berufung auf Reithmann, DNotZ 57, 528 hin.

89) oder jedenfalls erzeugt ist, § 1923 Abs. 2 BGB.

90) Vgl. etwa Staudinger-Seybold, RZ 1 zu § 2109.

91) Manigk, Privatautonomie, insbes. S. 79 ff.; Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 65 ff.

der spezifische positive Gehalt der Erbrechtsverträge nicht mehr aus der Rechtssatzqualität der Erbfolgeregelung bestimmen. Die Abgrenzung gegen Verkehrsgeschäfte läßt sich dann allenfalls aus dem unterschiedlichen Verhältnis treffen, in dem die Verfügungen von Todes wegen einerseits und Verträge unter Lebenden andererseits zu dispositivem Recht stehen.[92]

Aber auch dann, wenn aus diesen Gründen der erbrechtliche Vertrag nicht als Rechtsetzungsakt zu werten sein sollte, muß doch zugegeben werden, daß er Rechtsetzungsakten näher steht als Verkehrsgeschäften. Seine Dispositionsgegenstände, das Erb- und Pflichtteilsrecht, besitzen keinen Eigenwert.[93] Man kann sie in überspitzter Formulierung als Rechte des Erblassers zur Erbeinsetzung oder Pflichtteilsentziehung, als Rechte des Erben und Pflichtteilsberechtigten zum Verzicht charakterisieren. Diesen Rechten kommt nur eine bloße Hilfsfunktion zu. Mit ihrer Hilfe werden die Weichen für die Verwirklichung der Erbfolge gestellt, ohne daß Rechtsänderungen vor dem Erbfall hervorträten.[94] In diesem Sinne enthalten sie, ebenso wie objektive Rechtssätze, Regeln für einen hypothetischen Fall.

III. Folgerungen für Kondizierbarkeit und Abstraktheit der Erbrechtsverträge

1. Keine Leistungskondiktion durch actus contrarius

Der dargestellte Charakter des Erb- und Pflichtteilsrechts steht der Kondiktion erbrechtsvertraglicher Rechtsfolgen entgegen. Es hat sich ergeben, daß weder im Verhältnis des Erblassers zum Erben oder Pflichtteilsberechtigten noch im Verhältnis der Erben und Pflichtteilsberechtigten untereinander vor dem Erbfall Rechtsänderungen eintreten, die durch ein neues Rechtsgeschäft rückgängig gemacht werden könnten. Erbvertrag und Erb-

92) Vgl. oben S.122 f.

93) Vgl. oben S.100 ff.

94) Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 122 unter IV, kennzeichnet den Erbverzicht richtig als Verfügung ohne "gleiche Entschiedenheit" wie bei sonstigen Verfügungsgeschäften.

verzicht sind keine Zuwendungsgeschäfte. Deshalb gibt es für beide Geschäfte auch keinen contrarius actus, d.h. die Möglichkeit der Rückgängigmachung ihres Rechtserfolges durch ein neues, entgegengesetzt wirkendes Geschäft.[95] Insbesondere lösen Erbvertrag und Erbverzicht auch nicht selbst entgegengesetzte Rechtswirkungen aus. Während Gegenstand des Erbvertrages nur das gewillkürte Erbrecht ist, erstreckt sich der Erbverzicht auf das gesetzliche Erbrecht und auf das Pflichtteilsrecht und schließlich auch auf das vertraglich begründete Erbrecht, auf dieses jedoch nur dann, wenn der eingesetzte Erbe nicht selbst den Erbvertrag abgeschlossen hat (§ 2352 S.2 BGB).

Die Folge ist, daß Erbvertrag und Erbverzicht eine Leistungskondiktion nicht auslösen können.[96] Ein Anspruch auf Rückgängigmachung nach § 812 BGB würde auch dann scheitern, wenn man die Erbrechtsverträge einer äußeren Rechtsgrundbeziehung für fähig hielte.[97]

In dem Fehlen eines contrarius actus zeigt sich wiederum, daß Erbvertrag und Erbverzicht jeweils nur besondere Dispositionsbefugnisse geben, einmal, der Regel entsprechend, in die Hand des Erblassers, zum anderen und ausnahmsweise auch in die Hand des Verzichtenden. Darin liegt eine bloße Zuständigkeitsverteilung. Dann findet seinen Ausdruck nicht der Gedanke, daß der Erbe oder Pflichtteilsberechtigte bereits etwas erlangt, der Erblasser etwas zu vergeben habe, sondern nur die Vorstellung, daß es in bestimmten Fällen sinnvoll ist, neben dem Erblasser auch dem Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten eine gewisse Dispositionsbefugnis einzuräumen. Nur diese Auffassung entspricht der schon hervorgehobenen[98] Hilfsfunktion des Erb- und Pflichtteilsrechts.[99]

---

95) So richtig Larenz, IherJb 81, 13.

96) Nur die Leistungskondiktion kommt in Frage, vgl. oben S. 76.

97) Vgl. oben S. 93 ff.

98) Vgl. oben S.126.

99) Der Gedanke einer bloßen Zuständigkeitsregelung erklärt auch den Streit, ob der Erblasser oder der Erbe im Erbverzicht "verfügt", vgl. oben S.35 mit Anm.126 sowie unten S. 145 mit Anmerkungen.

Da es einen contrarius actus, die Möglichkeit einer Umkehrung der Rechtswirkungen, für Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag nicht gibt, hat der Gesetzgeber in §§ 2290, 2351 BGB für beide Geschäfte den contrarius consensus, den bloßen Aufhebungsvertrag, zugelassen. Diese Regelung ist nur folgerichtig. Weil äußere Rechtswirkungen vor dem Erbfall nicht hervortreten, können Drittinteressen, die einer rückwirkenden Aufhebung entgegenstehen könnten,[100] gar nicht ins Spiel kommen, obwohl die Erbrechtsverträge den Verfügungsgeschäften näher stehen als den Schuldverträgen.[101]

2. Keine Einordnung der Erbrechtsverträge in den Funktionszusammenhang: abstraktes Geschäft - causa

Wie dargelegt worden ist, sind nur abstrakte Geschäfte kondizierbar.[102] Die Erbrechtsverträge sind also - weil nicht kondizierbar - keine abstrakten Geschäfte. Auch die Untersuchung ihrer Rechtswirkungen hat gezeigt, daß sie sich nicht einfach in die für die Verkehrsgeschäfte entwickelte Kategorie der abstrakten Rechtsgeschäfte einordnen lassen. Zwar mag der Ausschluß eines inneren Rechtsgrundes[103] sowie die Möglichkeit einer Verpflichtung als Grundlage eines Erbverzichts[104] es nahe legen, jedenfalls den Erbverzicht zu den abstrakten Rechtsgeschäften zu zählen oder doch seine Kondizierbarkeit zu gestatten, wie wenn er ein abstraktes Rechtsgeschäft wäre.[105] Aber man kann sich doch nicht darüber hinwegsetzen, daß auch der Erbverzicht wie eine Verfügung von Todes wegen ausschließlich erbfolgeregelnde Wirkungen hat. Daran muß der Charakter des Erbverzichts gemessen werden, wenn man die systematische Zuordnung des Erbverzichts zu den Erbrechtsgeschäften überhaupt respektieren will.

100) Vgl. oben S. 81 f.

101) Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 1 vor § 2346; RG LZ 1932, S. 102.

102) Vgl. oben S. 86.

103) Vgl. oben S. 90 ff.

104) Vgl. oben S. 51 ff.

105) So besonders Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 128, der den Erbverzicht "in das Grundprinzip des BGB, die Folge von Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft) und Verfügung, eingeordnet" sieht und daraus die Kondizierbarkeit ableitet.

Das subjektive Erbrecht ist der Schlüssel zum Verständnis dafür, daß die Erbrechtsgeschäfte keinen inneren Rechtsgrund haben können und gleichwohl nicht abstrakt sind. Während das abstrakte Rechtsgeschäft gerade der Verselbständigung dem Rechtsgrund gegenüber seine Existenz verdankt,[106] erscheint die Trennung des Erbrechtsvertrages von Rechtsgrundbeziehungen nur als eine Nebenfolge des Unterschiedes zwischen subjektivem Erbrecht und lebzeitigen Vermögensrechten und, dem folgend, der systematischen Unterscheidung zwischen den Rechtsgeschäften von Todes wegen und den Rechtsgeschäften unter Lebenden, sowie zwischen der Testierfreiheit und der Freiheit, unter Lebenden zu verfügen.

Wegen dieser grundlegenden Unterschiede können die Erbrechtsverträge auch keine Zuwendung enthalten. Deshalb verhalten sie sich auch solchen äußeren Rechtsbeziehungen gegenüber neutral, die, an den Maßstäben des sonstigen Vermögensrechts gemessen, ihre causa sein könnten. Mangels Kondiktionsmöglichkeit haben sie keine äußere causa, weil eine Rechtsbeziehung nur im Hinblick auf die zu eröffnende Kondiktion als causa gewertet werden kann.[107]

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Erbrechtsverträge außerhalb des Funktionszusammenhanges: abstraktes Geschäft - causa - Kondiktion stehen. Sie können nicht kondiziert werden, wenn sie mit einem Verkehrsgeschäft in Zusammenhang stehen und das Verkehrsgeschäft sich als unwirksam oder fehlerhaft erweist. Auch über die Kondiktion läßt sich also eine Verbindung zu Verkehrsgeschäften nicht herstellen.

Die Folgerungen für die Anwendung des § 139 BGB auf Kombinationen von Erbrechtsverträgen und Verkehrsgeschäften werden später gezogen werden.[108]

---

106) Vgl. oben Kap.8, S. 70.
107) Vgl. oben S. 98.
108) unten S. 140.

IV. Exkurs: Die Kondiktion einer verabredeten Ausschlagung

Ob man eine verabredete Ausschlagung kondizieren kann, wenn sich die Abrede als unwirksam erweist, gehört nicht unmittelbar in den hier behandelten Fragenkreis. Während die Kondiktion einer vertraglichen Erbeinsetzung oder eines Erbverzichts daran scheitern muß, daß der spätere Erbe vor dem Erbfall keine Rechte auf den Nachlaß erwirbt, hängt die Kondiktion einer Ausschlagung davon ab, ob der Erbe seine vorläufige Erbenstellung nach dem Erbfall (§ 1946 BGB) aber vor Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zum Gegenstand einer Leistung an den nächstberufenen Erben machen kann. Dennoch besteht ein mittelbarer Zusammenhang mit den zuvor behandelten Fragen. Hier wie dort sollen auf erbrechtliche Rechtsverhältnisse Vorschriften des lebzeitigen Vermögensrechts angewendet werden, soll ein Ausgleich erbrechtlicher Rechtsänderungen im Wege der Leistungskondiktion stattfinden. Deshalb soll der Kondiktion der Ausschlagung ein kurzer Exkurs gewidmet werden.

Soweit ersichtlich, ist in letzter Zeit allein von Caemmerer[109] näher auf die Kondizierbarkeit der Ausschlagung eingegangen. Er hält die Kondiktion für möglich: Die Ausschlagung begründe zwar keine Bereicherung in sonstiger Weise, begründe aber eine Leistungskondiktion, weil der nächstberufene Erbe durch die Ausschlagung einen Vorteil erlange, der Gegenstand einer Leistung sein könne. So könne etwa kondiziert werden, wenn die Ausschlagung auf Grund eines vor dem Erbfall nicht formgerecht geschlossenen Vertrages zwischen künftigen Erben (§ 312 Abs.2 BGB) erklärt worden sei.

Es ist zu fragen, ob diese Auffassung nicht zu einseitig auf die Abrede eines Entgelts für die Ausschlagung[110] abstellt und darüber die spezifischen Wirkungen der Ausschlagung vernachlässigt. Von den Wirkungen her ist es keineswegs selbstverständlich, daß in der Ausschlagung eine die Kondiktion be-

109) Festschrift f. Rabel, Bd.I, S. 378, 380; ihm folgt Larenz, Schuldrecht, Bd.II § 62 II a (mit Anm.3) (S.373); zustimmend auch Mühl bei Soergel-Siebert, Anm.38 zu § 812.

110) Die Entgeltsvereinbarung soll zulässig sein, vgl. RG HRR 29, 292; OLG München in OLG Rspr. 26, 288.

gründende Leistung liegt.

Die Zulassung der Kondiktion widerspricht der Konstruktion des Gesetzes. Das Gesetz macht eine Zäsur zwischen dem Verlust der (vorläufigen) Erbenstellung und dem Anfall der Erbschaft an den nächsten Erben. Die Ausschlagung wirkt auf den Erbfall zurück. Der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden gilt als nicht erfolgt (§ 1953 Abs.1 BGB), der Anfall an den nächstberufenen Erben wird auf den Erbfall zurückbezogen (§ 1953 Abs.2 BGB). Nach der gesetzlichen Konstruktion verfügt also der Ausschlagende nicht über eigenes Vermögen, sondern er unterläßt einen Vermögenserwerb,[111] und dem nach ihm berufenen Erben fällt die Erbschaft nicht durch die Ausschlagung, sondern auf Grund des Rechtsverhältnisses an, das ihn zur Erbfolge nach dem Erblasser beruft.

Man kann also schon begrifflich nicht von einer "Übertragung" (oder auch nur von einem "Übergang") der Erbschaft von dem Ausschlagenden auf den nach ihm berufenen Erben sprechen.[112] Deshalb ist die Ausschlagung kein Leistungsvollzug. Das zeigt sich insbesondere darin, daß ihre Wirkungen nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Der Ausschlagende verliert endgültig seine Rechtsstellung, weil die Ausschlagungserklärung unwiderruflich ist[113] und der nächstberufene Erbe über seine Erbenstellung im ganzen nicht zugunsten seines "Vorgängers" verfügen kann.[114]

Gegen eine Kondiktion der Ausschlagung spricht ferner § 517 BGB. In der unentgeltlichen Ausschlagung zum Vorteil eines anderen liegt danach keine Schenkung. Daraus folgt beispielsweise, daß eine solche Ausschlagung nicht nach § 531 BGB widerrufen werden kann, wenn sich der nächstberufene Erbe groben Undanks schuldig gemacht hat. Das Verhältnis zwischen dem Ausschlagenden und dem endgültigen Erben wird nicht als Leistungsverhältnis anerkannt, die vorläufige Erbenstellung nicht als Gegenstand einer Zuwendung behandelt. Für den Fall einer Entgeltsvereinbarung etwas anderes

111) H.A. vgl. etwa Boehmer, Erbfolge, § 7 (S.19 ff., 21); BayObLG NJW 53, 944.
112) So mit Recht Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 147 vor § 2371.
113) Staudinger-Lehmann, RZ 1 § 1954 m.Nachw.
114) Vgl. KG OLG Rspr. 40, 120.

anzunehmen, besteht kein Anlaß. Die Substanz der Rechtsstellung zwischen Erbfall und Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft hängt nicht davon ab, ob ein Entgelt für die Ausschlagung vereinbart wird oder nicht. Es wäre rechtslogisch widersprüchlich, die Rechtsstellung des vorläufigen Erben zwar nicht als Gegenstand einer unentgeltlichen, wohl aber als Gegenstand einer entgeltlichen Zuwendung anzuerkennen.

Die gesetzliche Behandlung der Ausschlagung ist auch sinnvoll und sachgerecht. Dadurch erhalten die voraufgegangenen rechtskonstruktiven Erwägungen ihr eigentliches Gewicht. Der Verlust der Erbenstellung durch Ausschlagung und der Anfall an den nächsten Erben können nicht als einheitlicher Leistungsvorgang anerkannt werden, weil sich die Ausschlagung auf die Vermögensnachfolge im ganzen, die Nachfolge in alle Rechte und Pflichten des Erblassers bezieht. Von der Ausschlagung hängt es insbesondere auch ab, wer Schuldner der Nachlaßverbindlichkeiten wird. Auch die Rechte anderer Personen werden also in hohem Maße berührt. Deshalb kann es nicht von einem nach außen gar nicht sichtbaren Rechtsverhältnis zwischen dem Ausschlagenden und dem nach ihm berufenen Erben abhängen, wer schließlich endgültiger Erbe wird. Die Klarheit der Rechtsverhältnisse, die durch das Erfordernis einer förmlichen Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1945 BGB) und den Ausschluß von Bedingungen und Befristungen (§ 1947 BGB) gewährleistet werden soll, ginge sonst verloren.

Schließlich kann die Kondiktion auch nicht in der Weise zugelassen werden, daß der nächstberufene Erbe für verpflichtet erklärt wird, dem Ausschlagenden den Wert der Erbschaft zu ersetzen (§ 818 Abs.2 BGB). Risiko und Mühe, die mit der Erbenstellung verbunden sind und von denen sich der nächstberufene Erbe auch nicht wieder befreien kann, können nicht mit den Aktiven des Nachlasses verrechnet werden. In diesem Zusammenhang tritt der starke persönliche Einschlag der Entscheidung, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, hervor,[115] der ebenfalls dagegen spricht, die Ausschlagung als Mittel einer Leistung anzuerkennen.

Die Zulassung einer Leistungskondiktion wird demnach der Bedeutung und Wirkung der Ausschlagung nicht gerecht. Auch die Ausschlagung gegen Ent-

115) Kipp-Coing, Erbrecht, § 87 V (S.384 f.); Heinrich Lange, Erbrecht, § 8 IV (S.82); Boehmer, Erbfolge, § 7 (S.19 ff)

gelt ist keine Leistung an den nächstberufenen Erben. Wer als Alleinerbe die Erbschaft oder als Miterbe seinen Erbteil veräußern will, mag einen Erbschaftskauf schließen. Das ist der im Gesetz vorgezeichnete Weg, der allein erlaubt, die Interessen aller Beteiligten angemessen zu berücksichtigen.[116]

C. Die verbleibenden Möglichkeiten für die Berücksichtigung einer Kombination des Erbvertrages oder des Erbverzichtsvertrages mit Verkehrsgeschäften

13. Kapitel: Die Abhängigkeit erbrechtlicher Verträge von Verkehrsgeschäften nach den Rechtsordnungen der Schweiz und Österreichs

Bevor die Frage behandelt wird, in welcher Verbindung Erbrechtsverträge als nicht abstrakte, aber dem Typenzwang unterworfene Geschäfte zu Verkehrsgeschäften stehen können, soll ein kurzer Überblick darüber gegeben werden, wie die Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz Kombinationen mit Erbrechtsverträgen behandeln. Eine kurze rechtsvergleichende Darstellung dürfte deshalb wertvoll sein, weil sie zeigen wird, daß die Probleme, die bei der Verbindung von Verkehrsgeschäften mit Erbrechtsverträgen auftreten können, sowohl auf erbrechtlichem Wege als auch durch einen Rückgriff auf die Rechtsgeschäfte unter Lebenden gelöst werden können.

I. Das Schweizer Recht

Das Schweizer Recht unterwirft rechtsgeschäftliche Kombinationen mit Erbrechtsverträgen einer besonderen gesetzlichen Behandlung.

116) Vielleicht ließe sich schon aus § 2385 BGB, der die Regeln über den Erbschaftskauf auf alle Geschäfte über eine Erbschaft ausdehnt, das Verbot einer "Erbschaftsübertragung" durch Ausschlagung entnehmen.

Verfügungen von Todes wegen sind im Falle eines Irrtums des Erblassers, auch bei Motivirrtum,[1] ungültig (Art.469 ZGB). Diese "Ungültigkeit" bedeutet jedoch nur, daß der Erblasser die Verfügung binnen Jahresfrist aufheben kann, wenn er von seinem Irrtum erfährt(Art.469 Abs.2 ZGB), oder daß nach dem Tode des Erblassers die Erben Ungültigkeitsklage erheben können (Art.519 ZGB). Daraus folgert die herrschende Auffassung, daß es sich in Wahrheit nur um eine Anfechtbarkeit handelt.[2] Das Recht zur Aufhebung (Art.469 Abs.2 ZGB) steht dem Erblasser für alle Verfügungen von Todes wegen zu, auch für solche, die in einem Erbvertrage enthalten sind.[3] Dadurch wird der Erblasser schon in ausreichendem Maße auch für den Fall geschützt, daß er seine Verfügungen mit Rücksicht auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden, wie etwa die Übernahme einer Verpflichtung durch den Bedachten, getroffen hat.

Darüber hinaus enthält aber Art.514 ZGB noch eine spezielle, auf Vertragskombinationen zugeschnittene Regelung. Wer auf Grund eines Erbvertrages Leistungen unter Lebenden verlangen kann, kann nach den Rücktrittsvorschriften für Obligationen vom Erbvertrage zurücktreten, wenn die Leistungen nicht vertragsgemäß erbracht werden. Dieses Rücktrittsrecht gilt bei Verzug oder Nichterfüllung[4] sowie dann, wenn die Verpflichtung aufgehoben wird.[5] Als Besonderheit sei hervorgehoben, daß einzelne Verzugsfolgen auch ohne Verschulden des Verpflichteten eintreten. Deshalb kann der Erblasser nach Fälligkeit, Mahnung und Setzen einer Nachfrist vom Erbvertrag zurücktreten, ohne daß es auf Verschulden des Kontrahenten ankommt (Art.107 ObligationenR).[6]

Mit der Erklärung des Rücktritts wird der Erblasser von der eingegangenen erbrechtlichen Bindung frei, die vertraglichen Verfügungen werden unwirk-

1) Escher, Anm.6 zu Art.469 ZGB; Tuor, Zivilgesetzbuch, § 58 IV (S.324).
2) Escher, Anm.13 zu Art.469 ZGB.
3) Nicht unbestritten, aber herrschende Auffassung, vgl. Escher, a.a.O., Anm.2 und 18; Tuor, Zivilgesetzbuch, § 58 IV (S.324).
4) Escher, Anm.2 ff. zu Art. 514 ZGB.
5) Escher, a.a.O., Anm.5.
6) Escher, a.a.O., Anm.4; Guhl, Obligationenrecht, § 32 IIc (S.197).

sam[7]. Der Rücktritt hat also die Wirkungen eines Widerrufs (vgl. ob. S. 97). Einer besonderen Aufhebung der Verfügungen bedarf es nicht.[8] Der Erbverzicht, oder, soweit entgeltlich, d.h. gegen Abfindung erklärt, der Erbauskauf (Art. 495 ZGB) wird zu den Erbverträgen gezählt. Daher finden auch auf ihn die Vorschriften des für Obligationen geltenden Rücktrittsrechts über Art. 514 ZGB entsprechende Anwendung.[9]

Diese Lösung hat sich in der Praxis offenbar bewährt und wird in der Schweizer Rechtswissenschaft allgemein für vernünftig und billig gehalten.[10][11] Ihr liegt dogmatisch die Vorstellung zugrunde, daß derart verbundene Geschäfte, kurz als entgeltlicher Erbvertrag bzw. als Erbauskauf bezeichnet, lediglich eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Verträge sind und nicht ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden. Deswegen sind die obligationenrechtlichen Rücktrittsvorschriften nicht direkt, sondern nur entsprechend und auch nur in modifizierter Weise anwendbar.

Der "Rücktritt" vom Erbrechtsvertrage ist eigentlich ein Widerruf der bindenden erbfolgeregelnden Erklärungen. Erbvertrag und Erbverzicht enthalten keine Rechtsübertragung. Im Unterschied zu dem Rücktritt von Schuldverträgen bedarf es deshalb keiner Mitwirkung dessen, der durch den Erbrechtsvertrag einen Vorteil erlangt hat, um dem Erblasser oder Verzichtenden diesen Vorteil wieder zuzuwenden.[11a] Ein weiterer Unterschied zu dem schuldrechtlichen Rücktrittsrecht liegt darin, daß das Recht zum Rücktritt vom erbrechtlichen Vertrage nicht vererblich ist. Im Falle der Erbverpfründung kann naturgemäß nur der Erblasser selbst vom Erbvertrag zurücktreten. Denn das Rücktrittsrecht könnte nur auf den Vertragserben übergehen, gegen den es sich doch gerade richten soll, und nicht auf denjenigen, dem der Ausschluß des Vertragserben von der Erbfolge zugute kommen sollte.

Rechtspolitisch wird jedoch die Interessenlage derjenigen bei synallagmati-

7) Escher, Anm. 8 zu Art. 514 ZGB.

8) Gmür-Tuor, Anm. 14 zu Art. 514.

9) Escher, Anm. 4 zu Art. 495 ZGB.

10) Tuor, Zivilgesetzbuch, § 61 IIb (S. 349 f.).

11) Eine Schwäche der Regelung liegt allerdings darin, daß die Erklärung des Rücktritts keinem Formzwang unterliegt, vgl. unten S. 142.

11a) Vgl. ob. b. Anm. 7 - 9.

schen Obligationen gleichgeachtet, eine gewisse innerliche Abhängigkeit anerkannt und deshalb die Verweisung auf die obligationenrechtlichen Rücktrittsvorschriften für geboten gehalten.[12] Die vertragliche Verfügung von Todes wegen wird insoweit als eine Art "Erbzuwendung"[13] behandelt. Die Frage, ob der Erblasser dem Erben mit der Erbeinsetzung oder der Verzichtende dem Erblasser mit seinem Verzicht überhaupt etwas zuwenden können, wird in diesem Zusammenhang nicht für wichtig gehalten. Sie müßte mit Rücksicht auf Art. 239 Abs.2 ObligationenR, nach dem ein unentgeltlicher Erbverzicht keine Schenkung ist, wohl auch negativ beantwortet werden. Die Betrachtung setzt offenbar nur bei dem Entgelt an, das für die Erbeinsetzung bezahlt wird. Das Entgelt wird als Beweis dafür genommen, daß die Erbeinsetzung (ebenso wie der Verzicht für den Erblasser) Vermögenswert gehabt habe, und die von ihnen so eingeschätzten Positionen oder Chancen sollen Erblasser und eingesetzter Erbe wieder verlieren können, wenn sie das versprochene Entgelt nicht zahlen.

II. Das österreichische Recht

Im österreichischen Recht besteht eine dem deutschen Recht ähnliche Problematik. Der Erbverzicht, in § 551 ABGB abschließend geregelt, gibt dem Verzichtenden weder ein spezielles Rücktrittsrecht, noch kann der Verzichtende den Verzicht wegen Irrtums im Motiv anfechten.[14] Der Verzicht bleibt ein selbständiges Geschäft, auch wenn er mit einem Abfindungsversprechen verbunden wird.[15] Schuldrechtlicher Rücktritt oder Kondiktion sollen bei Unwirksamkeit des Abfindungsversprechens nicht zulässig sein, obwohl - im Grunde folgewidrig - angenommen wird, daß der Erbverzicht eine Zuwendung des Verzichtenden an den nunmehr berufenen Erben enthält, und daß er, weil zum Erwerbe der Abfindung erklärt, ein entgeltliches Geschäft ist.[16]

---

12) Tuor, a.a.O.; Escher, Vorbem. 15 vor Art. 494 ZGB.
13) So Gmür-Tuor, Anm.2 zu Art. 514.
14) Klang-Weiß, Anm. II 5 zu § 551 ABGB.
15) ders., Anm. II 4 a ebd.
16) ders., Anm. V ebd.

Unbillige Ergebnisse sucht man durch die Annahme einer regelmäßigen gegenseitigen Bedingtheit von Verzicht und Abfindungsversprechen zu vermeiden. Es fehlt auch nicht an Stimmen, die sich dafür aussprechen, man solle Erbverzichts- und Abfindungsvertrag als einheitliches entgeltliches Geschäft, d.h. als gegenseitigen Vertrag behandeln. Dabei wird jedoch weder klar gesagt, welche Vorschriften dann angewendet werden sollen, noch, ob in Anlehnung an die Regelung des Schweizer Zivilgesetzbuchs nur eine begrenzte Anwendung der einschlägigen Vorschriften geboten ist, oder ob nicht systematische Bedenken dagegen bestehen, den Erbverzicht mit einem anderen Rechtsgeschäft zu einem einheitlichen gegenseitigen Vertrage zu verbinden.[17]

Erbverträge können nur unter Ehegatten geschlossen werden (§ 1249 ABGB). Sie werden im Gesetz zu den Ehepakten gezählt. Diese wiederum behandelt das Gesetz im Schuldrecht, mit der Folge, daß die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auch für die Ehepakten gelten.[18] Soweit Erbverträge in unmittelbarem Zusammenhang mit Leistungen stehen, die der Vertragserbe übernommen hat, müßte deshalb der Erblasser, wenn diese Leistungen nicht erbracht werden, in folgerichtiger Beobachtung des gesetzlichen Systems nach Schuldrechtsregeln zurücktreten können.[19] Dies gilt jedoch nur, wenn der Erbvertrag selbst auch als schuldrechtlicher Vertrag anerkannt wird.[20] Wird dagegen der Erbvertrag unter die Erbrechtsgeschäfte eingereiht,[21] so wird sich eine direkte Anwendung der schuldrechtlichen Rücktrittsregeln nicht vertreten lassen. Dann setzt seine Gültigkeit nur den Fortbestand der Ehe voraus (§ 1265 ABGB).[22] Offenbar

17) Die Ausführungen bei Klang-Weiß, Anm.II, IVa zu § 551 ABGB, sind höchst unklar. Offenbar schwebt ihm die Anwendung des § 879 ABGB vor, so daß bei einem Mißverhältnis zwischen Erbverzicht und Abfindung beide als sittenwidrig nichtig sind.

18) Klang-Lenhoff, Vorbem. I, 1, 2 vor § 1217 ABGB; Klang-Weiß, Vorbem. IV vor § 1217 ABGB.

19) So noch Klang-Lenhoff, Anm.I 4 b zu § 1249 ABGB.

20) Klang-Weiß, Anm.IIc einerseits und II e andererseits nehmen einen modifizierten schuldrechtlichen Vertrag an.

21) So die wohl herrschende Auffassung, vgl. Ehrenzweig, Privatrecht, Bd.II, 2. Hälfte, § 508 I 2 (S.482 f.).

22) Ehrenzweig a.a.O., § 508 V 2 (S. 489).

spielt das Problem in der Gerichtspraxis keine Rolle. Das mag neben der subjektiven Beschränkung auf Ehegatten[23] daher rühren, daß ein Erbvertrag nur über drei Viertel des Nachlasses geschlossen werden kann, während das übrige Viertel dem Erblasser zu letztwilliger Verfügung verbleibt (§ 1253 ABGB).

Die Anwendung des - eingeschränkten (§ 572 ABGB) - testamentarischen Anfechtungsrechtes auf den Erbvertrag wird offenbar nicht erwogen.

III. Schlußfolgerungen

Unser Überblick erlaubt folgende Feststellungen: Sowohl im Schweizer als auch im österreichischen Recht hat die Verbindung eines Erbrechtsvertrages mit einem Verkehrsgeschäft nur die Rechtsfolge, daß bei Mängeln des Verkehrsgeschäfts auch der Erbrechtsvertrag als mit Hilfe einer Bedingung unwirksam oder durch Gestaltungsrechte vernichtbar behandelt wird. Die Rückgängigmachung der Rechtsfolgen im Wege der Kondiktion wird auch im österreichischen Recht nicht befürwortet, obwohl die Hilfskonstruktion einer stillschweigenden Bedingtheit des Erbverzichts allgemein als unbefriedigend empfunden wird. Der Gedanke einer echten Anwartschaft des Erben oder Pflichtteilsberechtigten tritt offenbar nirgends hervor.

Das fällt umso mehr auf, als offenbar in beiden Rechten der Gedanke einer Zuwendung oder gar Leistung durch Verfügung von Todes wegen sich eine gewisse Kraft bewahrt hat. Die Behandlung der Erbverträge unter den Ehepakten im österreichischen Recht und die entsprechende Anwendung der schuldrechtlichen Rücktrittsvorschriften auf Erbvertrag und Erbverzicht im Schweizer Recht deuten darauf hin, daß das subjektive Erbrecht einen jedenfalls in gewissem Umfang anzuerkennenden Vermögenswert besitzen soll. Die Regelung des Schweizer Rechts hat den Vorzug, daß man den Problemen, die durch die Verbindung von Erbrechtsverträgen mit Verkehrs-

23) Zuwendungen an Dritte werden als letztwillige Verfügungen behandelt, vgl. Ehrenzweig, a.a.O., § 508 I 3 (S. 483) mit Note 8; Klang-Weiß, Anm. IIb zu § 1249 ABGB.

geschäften entstehen, nicht ausgewichen ist; sondern man hat sie durch eine modifizierte Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften in vertretbarer Weise gelöst, ohne sich dabei zu erbrechtlichen Grundbegriffen in Widerspruch zu setzen.

Das Gegenbeispiel bietet das österreichische Recht. Eine gesetzliche Regelung fehlt. Die in der Literatur empfohlene Anwendung schuldrechtlicher Rücktrittsvorschriften setzt sich über die Besonderheiten der Erbrechtsverträge gegenüber den Schuldverträgen hinweg.

Für das deutsche Recht hat die bisherige Untersuchung ergeben, daß die erbrechtlichen Verträge nicht abstrakte Rechtsgeschäfte mit zumindest Rechtssetzungsakten sehr angenäherter Wirkung sind. Sie stehen unter Typenzwang und können deshalb nicht mit Verkehrsgeschäften zu einem rechtlich einheitlichen Geschäft verschmolzen werden. Von den begrenzten Rücktrittsvoraussetzungen des § 2295 abgesehen, fehlt es an einer gesetzlichen Regelung des Problems.

Es bedarf daher noch einer abschließenden Prüfung, welche Rechtsbehelfe hiernach bestehen können. Die Zulässigkeit ausdrücklicher, d.h. auch in gehöriger Form vereinbarter Bedingungen ist schon dargetan (ob. S. 59 ff.). Soweit solche Bedingungen fehlen, verbleibt nur die Anwendung des § 139 BGB und die (analoge) Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts. Dies ist im folgenden für Erbvertrag und Erbverzicht zu prüfen.

14. Kapitel: Die Anwendung des § 139 BGB auf eine Kombination von Erbvertrag und Verkehrsgeschäft

I. Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendung des § 139 BGB

Der allgemein gebilligte Grundsatz, daß § 139 BGB trotz seines Wortlautes auch auf eine Kombination mehrerer rechtlich selbständiger Geschäfte anwendbar ist, wenn nur die Geschäfte äußerlich zusammen geschlossen sind und nach dem Parteiwillen auch in einem inneren Zusammenhang stehen,[1)]

1) Vgl. etwa: Lehmann, Allgemeiner Teil, § 27 II 1 d (S. 158 f); Staudinger-Coing, RZ 2 ff § 139; André, Festgabe für Enneccerus, S. 13 f, 20, 22.

müßte dazu führen, daß § 139 BGB auch auf Kombinationen von Erbrechts- und Verkehrsgeschäften angewendet werden kann. Regelmäßig wird sich der notwendige innere Zusammenhang aus den getroffenen Abreden ergeben. Zudem werden Erbvertrag und Alimentationsversprechen sowie Erbverzicht und Abfindungsversprechen regelmäßig gleichzeitig und in derselben Urkunde geschlossen.

(1) Wären allerdings Erbvertrag und Erbverzicht abstrakte Geschäfte, so würden der Anwendung des § 139 BGB auf Kombinationen dieser Verträge mit Verkehrsgeschäften die früher[2] dargelegten Bedenken entgegenstehen. Erkennt man dagegen, daß diese Verträge nicht abstrakt sind, so fallen die Bedenken gegen die Anwendung des § 139 BGB weg.

(2) Geht man hiernach davon aus, daß § 139 BGB grundsätzlich auf derartige Kombinationen angewendet werden kann, so ist doch zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß der Anwendungsbereich des § 139 BGB beschränkt ist. Die Vorschrift hilft nur bei Nichtigkeit oder sonstiger von den Parteien nicht gewollter Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts.[3] Behält dagegen der Anspruch des durch das Erbrechtsgeschäft Belasteten seine Wirksamkeit, so hilft § 139 BGB gerade in dem praktisch wichtigen Falle nicht, daß der Anspruch zwar fortbesteht, aber nicht realisierbar und wertlos ist.

Auch beim Rücktritt vom Verkehrsgeschäft ist § 139 BGB nicht anzuwenden.[4] Diese Schwäche des § 139 wird allerdings kaum praktisch werden. Denn der Rücktritt kraft Gesetzes ist ausgeschlossen, weil das Leistungsversprechen des Begünstigten als einseitig verpflichtender Schuldvertrag bei Nichterfüllung nicht den Rücktritt erlaubt, sondern nur einen Ersatzanspruch auf das positive Interesse gewährt, §§ 280, 283 BGB. Aber es mag immerhin vorkommen, daß der Rücktritt vom Abfindungsversprechen vertraglich vorbehalten ist.

---

2) Siehe oben Kap. 10 (S.87).

3) Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 II 3b mit Anm.8 (S.363); es muß sich um eine anfängliche Unwirksamkeit handeln, vgl. Staudinger-Coing RZ 11 zu § 139.

4) Vgl. BGHZ 29, 129 (131 f.), zur Wirkung des Rücktritts bei einer Kombination von Erbvertrag und Ehevertrag.

(3) Für die danach verbleibenden Fälle der Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts muß aber noch erwogen werden, ob nicht erbrechtliche Prinzipien einer Anwendung des § 139 BGB entgegenstehen. Daß die Vorschrift auch gilt, wenn Erbrechtsverträge mit Verkehrsgeschäften wirtschaftlich verbunden worden sind, wie die herrschende Ansicht annimmt,[5] versteht sich nicht von selbst.[6] Das Erbrecht enthält für letztwillige Verfügungen in § 2085 BGB, für korrespektive Testamente in § 2270 BGB und für Erbverträge in § 2298 BGB eigene Vorschriften über den Einfluß der Unwirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen auf andere zugleich getroffene Verfügungen. Die Wirkung des § 2298 BGB entspricht noch am ehesten der des § 139 BGB. Wenn in einem Erbvertrage beide Teile vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben und keine Anhaltspunkte für einen abweichenden Willen der Vertragsschließenden vorhanden sind, soll nach § 2298 BGB bei Nichtigkeit auch nur einer Verfügung der ganze Vertrag nichtig sein. In § 2270 Abs.2 BGB wird die Vermutung für die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen und damit auch die Gleichbehandlung bei Nichtigkeit einer Verfügung schon eingeschränkt. § 2085 BGB schließlich, der über § 2279 BGB auch für Erbverträge gilt - genauer: für einseitige Erbverträge nahezu unbeschränkt,[7] für zweiseitige nur, soweit es sich nicht um das Verhältnis gegenseitiger vertragsmäßiger Verfügungen handelt, § 2298 BGB[8] -, ist eine Art Umkehrung des § 139 BGB. Während nach § 139 BGB mehrere im Zusammenhang getroffene Abreden bis zum Beweise des Gegenteils gleichbehandelt werden sollen, wird in § 2085 BGB die Selbständigkeit jeder einzelnen Verfügung vermutet.[9]

Die Anwendung des § 139 BGB auf die Kombination eines Erbvertrages mit einem Verkehrsgeschäft kann deshalb mit § 2085 BGB[10] kollidieren. Wenn unter mehreren Verfügungen des Erblassers zwar eine Verfügung mit Sicher-

---

5) vgl. die Nachweise oben S.5 Anm.9.

6) In BGHZ 29, 129 (131 f.) klingen z.B. Zweifel an, ob § 139 auf einen einheitlich geschlossenen Ehe- und Erbvertrag anwendbar ist.

7) Eine Ausnahme macht § 2299 Abs.3 für Rücktritt und Aufhebung.

8) Bühler, DNotZ 62, 367 ff.; Staudinger-Dittmann, RZ 4 zu § 2279, RZ 5 zu § 2298.

9) Vgl. Mot. V, S.60.

10) Soweit er nicht durch § 2298 verdrängt wird, vgl. oben bei Anm. 8.

heit in dem von § 139 BGB vorausgesetzten Verhältnis zu dem Verkehrsgeschäft steht, das Verhältnis der übrigen Verfügungen zu dem Verkehrsgeschäft aber unklar ist, welche Vermutung soll dann eingreifen? Die Vermutung des § 139 BGB spräche für die Nichtigkeit des ganzen Erbvertrages, die des § 2085 BGB gerade für die Wirksamkeit der übrigen Verfügungen.

Diese Kollision in einem einzelnen zudem noch wenig praktischen Fall kann es zwar allein nicht rechtfertigen, die Anwendung des § 139 BGB auf den Erbvertrag auszuschließen. Sie gibt aber Veranlassung, die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Erbrechtsverträge neu zu durchdenken.

II. Die Vereinbarkeit des § 139 BGB mit dem spezifischen Charakter des Erbvertrages

Im Erbvertrag begibt sich der Erblasser ganz oder doch zu einem Teil der Testierfreiheit und bleibt im Grundsatz an diese freiwillige Entscheidung gebunden. Soweit ihm die Befugnis, sich vom Vertrage durch Anfechtung oder Rücktritt zu lösen, zugebilligt wird, wird das Vertrauen des Vertragspartners auf den Fortbestand der vertragsmäßigen Verfügungen in der Art der Ausübung der Gestaltungsrechte berücksichtigt. Anfechtung und Rücktritt müssen bis zum Tode des Vertragspartners diesem gegenüber in öffentlicher Urkunde erklärt werden (§§ 2282 Abs.3, 143 Abs.1, 2[11]), sowie 2296 Abs.2 BGB). In diesem Umfange verlangt das Gesetz also Offenlegung der rechtsgestaltenden Erklärungen, die die Gültigkeit des Erbvertrages aufheben; dies in gleicher Weise wie für den Aufhebungsvertrag, § 2290 Abs.4 BGB.

Zu diesem Offenkundigkeitsprinzip stünde die Anwendung des § 139 BGB in Widerspruch. Wenn die Wirksamkeit des Erbvertrages nach der eines anderen Rechtsgeschäfts beurteilt werden muß, wird die Nichtigkeit des Erbvertrages gerade nicht offenbar. Die Vertragsbeteiligten können in ihrem Vertrauen auf den Fortbestand des Erbvertrages getäuscht werden. Diese unerkennbare Nichtigkeit wäre auch in einem weitergehenden Sinne

11) Vgl. Staudinger-Dittmann, RZ 15 zu § 2281.

irreparabel als etwa die von den Parteien nicht erkannte Nichtigkeit eines Verkehrsgeschäfts. Denn vor allem, und das dürfte der entscheidende Gesichtspunkt sein, kann auch der Erblasser selbst über die Wirksamkeit seiner Verfügungen einem Irrtum unterliegen. Er kann in dem irrigen Glauben sterben, seine Verfügungen seien wirksam geblieben, während er anderenfalls neue Verfügungen getroffen hätte.

In diesem Fall entsprechen die tatsächlichen Auswirkungen einer Anwendung des § 139 BGB keineswegs dem erstrebten Ziel, die Vertragsbindung zugunsten des Erblassers zu lockern. Die Testierfreiheit des Erblassers läßt sich nicht wiederherstellen, ohne daß zugleich die im Erbvertrag enthaltenen vertragsmäßigen Verfügungen aufgehoben werden. Das ist die notwendige Konsequenz der heute allgemein anerkannten Einheitlichkeit des Erbvertrages. Die Lehre Hartmanns von der Doppelnatur des Erbvertrages, wonach der Erbvertrag aus einer einseitigen Verfügung von Todes wegen und aus einem vertraglichen Widerrufsverzicht bestehen sollte, wird nicht mehr vertreten.[12] Ein Rücktritt, der nur die Bindungswirkung aufhebt, ist dem Gesetz fremd.[13] Wenn die vertragliche Erbeinsetzung nicht in eine Ausübung der Testierfreiheit und in einen Verzicht auf sie zerlegt werden kann, folgt daraus, daß die Beseitigung der Vertragsbindung zugleich auch wieder Ausübung der Testierfreiheit, nämlich Widerruf der Verfügungen von Todes wegen, ist. Deshalb kann nur dem Erblasser die Befugnis zur Vernichtung des Erbvertrages zustehen.[14] Die Anwendung des § 139 BGB würde diesem Grundsatz widersprechen und dem Erblasser für bestimmte Fälle die Entscheidung nehmen, ob seine Verfügungen bestehen bleiben sollen.

Aus diesem Grunde kann § 139 BGB auf Kombinationen mit Erbverträgen nicht angewendet werden. Der Erblasser wird durch sein Anfechtungsrecht auch genügend geschützt. Daß die Versäumung der Anfechtungsfrist gelegentlich zu unbilligen Härten führen kann,[15] erlaubt nicht, mit einer Hilfskonstruktion die Ausschlußfrist zu verlängern. Eine Auffassung, die,

12) Vgl. Staudinger-Dittmann, Vorbem. RZ 6 vor § 2274 m.Nachw.; Planck, Anm.3 zu § 1941.

13) Kipp-Coing, Erbrecht, § 40 IV 1 (S.193).

14) Die Auffassung Schiffners, Erbvertrag, S. 186, daß sich auch der Akzeptant den Rücktritt vorbehalten könne, ist deshalb unhaltbar.

15) So Roth, S. 47.

im Hinblick auf die gesetzliche Regelung zu Recht, die einheitlich erbrechtliche Struktur des Erbvertrages betont, muß daraus auch die Konsequenzen ziehen, daß nur dem Erblasser die Disposition über den ganzen Vertrag zustehen kann. Die Anwendung des § 139 BGB würde dagegen die Entscheidung praktisch davon abhängig machen, ob den Beteiligten nach dem Tode des Erblassers die Nichtigkeit zufällig bekannt wird und sie sich darauf durch Klage oder im Erbscheinsverfahren berufen.

Bei Nichtigkeit des Verkehrsgeschäfts kann der Erblasser also den Erbvertrag nur gemäß §§ 2281 ff., 2078 BGB anfechten.[16] Gleiches gilt dann, wenn der Erblasser seinen Anspruch aus dem Verkehrsgeschäft nicht durchsetzen kann oder der Bedachte von dem Verkehrsgeschäft zurücktritt, in den Fällen also, da § 139 BGB ohnehin nicht helfen könnte.

15. Kapitel: Die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf die Kombination eines Erbverzichts mit einem Verkehrsgeschäft und die (analoge) Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts in diesem Falle

Die Problematik, die entsteht, wenn ein Erbverzicht gegen Abfindung erklärt wird, ist eingangs dieser Untersuchung dargestellt worden.[1] Die in Betracht kommenden Fälle können nach zwei verschiedenen Gesichtspunkten eingeordnet werden, so daß insgesamt vier Fallgruppen entstehen:

(1) Das Abfindungsversprechen kann nichtig oder auch nur mangels Vermögens des Verpflichteten nicht durchsetzbar sein.

(2) Die Abfindung kann von dem Erblasser selbst oder von einem anderen, etwa einem konkurrierenden Erben, versprochen werden.[2]

16) Im Gegensatz dazu halten beispielsweise Kipp-Coing, Erbrecht, § 36 IV 1 (S. 177), § 139 BGB für anwendbar.

1) Vgl. oben Kap. 1 (S. 3 f.).

2) Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 73 zu 2 vor § 2346.

I. Anwendung des § 139 BGB im Falle der Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts?

1. Die unterschiedliche Bedeutung der Dispositionsfreiheit des Erblassers und der des Verzichtenden.

Die Rechtslage beim Erbverzicht ist eine andere, als beim Erbvertrage, weil nicht der Erblasser, sondern der Verzichtende verfügt. Der Streit, wer Hauptperson des Erbverzichts ist, kann als zugunsten des Verzichtenden entschieden gelten. Nach den Motiven[3] galt der Erblasser als der Verfügende, der mit Zustimmung des Erbberechtigten die Erbfolge ändert. Heute hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß der Verzichtende der Verfügende ist.[4] In den Protokollen[5] wurden beide Auffassungen vertreten, aber es wurde beschlossen, die Frage nicht durch eine bestimmte Fassung des Gesetzes zu entscheiden.

Offenbar hat jedoch die Auffassung, daß der Verzichtende der Verfügende ist, also in dem Vertrage keine Verfügung von Todes wegen getroffen wird, dazu geführt, dem Verzichtenden kein spezifisch erbrechtliches Anfechtungs- oder Rücktrittsrecht zu gewähren. Das ist der eine Unterschied in der Rechtsstellung des Verzichtenden gegenüber der des Erblassers. Der Erblasser, der durch Vertrag einen anderen bedenkt, kann anfechten oder zurücktreten, wenn die vom Bedachten übernommene Leistungspflicht unwirksam ist oder nicht erfüllt wird.[6] Dem Verzichtenden stehen diese Rechtsbehelfe nicht zur Verfügung, wenn die ihm (vom Erblasser oder dem durch den Verzicht Begünstigten) versprochene Leistung ausfällt. Die ihm allein zustehenden Anfechtungsrechte der §§119, 123 BGB[7] helfen in den meisten Fällen nicht.

Der andere Unterschied betrifft das Verhältnis zur Dispositionsbefugnis des Erblassers. Dieser kann Rechtsfolgen setzen, die der Verzichtende nicht herbeiführen kann. Dagegen kann der Verzichtende größtenteils nur solche setzen, die in zwar veränderter Form, aber doch mit derselben Wirkung

3) V, S. 471.
4) Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 40 vor § 2346.
5) V, S. 598.
6) Vgl. oben S. 144.
7) Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 V (S.367); Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 24 ff. vor § 2346.

auch der Erblasser herbeiführen kann. Dem Verzicht auf das testamentarische Erbrecht (§ 2352 S.1 BGB) entspricht die Aufhebung des Testaments durch den Erblasser, dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht der Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge. Hier ist im Wege der Zuständigkeitsverteilung[8] neben dem Erblasser auch dem künftigen Erben eine - eingeschränkte[9] - Dispositionsmöglichkeit über das Erbrecht eröffnet worden. Nur der Verzicht auf den Pflichtteil und der Verzicht des Vertragserben auf sein Erbrecht (§ 2352 S.2 BGB) gehen über die dem Erblasser selbst eingeräumte Verfügungsmacht hinaus.

Soweit die Befugnis des Erben inhaltlich in der Testierfreiheit des Erblassers vollkommen aufgeht, nämlich im Falle des § 2352 S.1 BGB - Verzicht auf letztwillige Bedenkung, bringt der Erbverzicht dem Verzichtenden keine Nachteile. Zwar ist der Verzichtende durch den Verzichtsvertrag gebunden, aber das bedeutet nicht mehr, als daß er die Wiederherstellung seines Erbrechts - auch für den Fall der Unwirksamkeit der ihm als Ausgleich für den Verzicht versprochenen Leistung - in den Willen des Erblassers gestellt hat, der doch seinerseits ohne Zutun des Erben über dessen Erbrecht nach Belieben verfügen kann. Eine Benachteiligung des Erben kann hier nur in der psychologischen Motivierung der dem Erblasser ermöglichten Erbfolgeregelung gefunden werden. Die Bindung an den Erbverzicht versichert den Erblasser des Einverständnisses des Verzichtenden mit der später tatsächlich eintretenden Erbfolge. Darin liegt jedenfalls für den auf Reputation bedachten Erblasser eine nicht zu unterschätzende Erweiterung der Testierfreiheit nach der psychologisch-moralischen Seite. Ebenso bleibt der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts, sofern man einen solchen Vorbehalt für zulässig hält,[10] im Rahmen der Dispositionsfreiheit des Erblassers. Dem Erblasser steht es frei, den Verzichtenden bei Unwirksamkeit des Verzichts durch Verfügung von Todes wegen

---

8) Vgl. oben S.127.

9) Ohne Zustimmung des Erblassers kann er die Regelung der Erbfolge vor dem Erbfall nicht beeinflussen. Dem Erblasser verbleibt die Möglichkeit des "Neinsagens", vgl. Walsmann, Verzicht, S. 177.

10) Dafür die herrschende Ansicht trotz des Wortlautes des § 2346, vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 II Anm.5 (S.362); Bartholomeyczik, Erbrecht 7, § 5 6a (S.25); Staudinger-Ferid, RZ 39 ff. zu § 2346 m.weit.Nachw.

von der Erbfolge auszuschließen. Umgekehrt hindert ihn der Verzicht auch nicht, den Verzichtenden dennoch zur Erbfolge zu berufen.[11] Das Festhalten am Erbverzicht und die Ausnutzung gerade seiner Rechtswirkungen beschwert deshalb den Verzichtenden wiederum zusätzlich nur damit, daß dem Erblasser der für den Verzichtenden ungünstige Entschluß erleichtert wird.

Anders liegt es da, wo die dem Erben und Pflichtteilsberechtigten im Erbverzicht eingeräumte Dispositionsbefugnis die Grenzen überschreitet, die der Testierfreiheit des Erblassers gezogen sind, nämlich in den folgenden zwei Fällen: Der Pflichtteilsberechtigte kann voraussetzungslos auf sein Pflichtteilsrecht verzichten (§ 2346 Abs.1, 2 BGB), das ihm der Erblasser nur unter strengen Voraussetzungen entziehen kann. Außerdem kann der Erbe kraft Verfügung von Todes wegen auch dann auf sein Erbrecht verzichten, wenn der Erblasser sich gebunden und seine Testierfreiheit verloren hat (§ 2352 S.2 BGB).[12]

Nur in diesen Fällen ist es allein der Verzichtende, der verfügen kann. Denn er verschafft durch seinen Verzicht dem Erblasser die Möglichkeit, eine von diesem erstrebte Erbfolgeregelung zu treffen, die ihm sonst verschlossen wäre. Zwar bleibt auch in diesen Fällen dem Erblasser die Möglichkeit, den Verzichtenden durch eine neue Verfügung von Todes wegen wieder zu bedenken und dadurch die Folgen des Erbverzichts rückgängig zu machen. Aber die Möglichkeit, diese Folgen, nämlich den Wegfall des Pflichtteilsanspruchs oder einer früheren vertragsmäßigen Bedenkung herbeizuführen, ist in seiner Dispositionsfreiheit nicht enthalten. Der Verzichtende verfügt also weitergehend, als es der Erblasser von Rechts wegen vermöchte, und der Erblasser erhält nicht nur, wie in den vorher genannten Fällen, eine moralische Legitimation zum Ausschluß des Verzichtenden.

Beachtet man diese Verschiedenheiten im Verhältnis der Dispositionsfreiheit des Erblassers und des Verzichtenden, so zeigt sich, daß der Erbverzicht kein in sich einheitliches Rechtsinstitut ist. Man betrachtet zwar heute allgemein

---

11) Kipp-Coing, Erbrecht, § 82 V (S. 367 f.).

12) Vgl. Baumgärtel, DNotZ 59, 66; es muß beachtet werden, daß auf vertragliche Zuwendungen nur verzichtet werden kann, wenn der Verzichtende nicht selbst den Vertrag abgeschlossen hat.

den Verzichtenden, nicht den Erblasser als den Verfügenden, und unterscheidet den Erbverzicht daher von den Verfügungen von Todes wegen, die der Erblasser treffen kann.[13] Aber materiell ist die Verfügung des Verzichtenden ganz verschieden, je nachdem, ob der Verzichtende die schon gegebene Dispositionsfreiheit des Erblassers nur noch (moralisch) sanktioniert oder diese wirklich erweitert.

Dieser Unterschied ist auch von Bedeutung für die Frage, ob bei Unwirksamkeit des dem Verzichtenden gegebenen Abfindungsversprechens der Verzicht hinfällig werden soll. Offenbar ist das Bedürfnis zur Anwendung des § 139 BGB stärker in den Fällen, in denen der Verzichtende die Dispositionsfreiheit des Erblassers nicht nur moralisch, sondern rechtlich erweitert. Zwar kann auch in diesen Fällen der Erblasser die Folgen des Verzichts durch eine neue Verfügung von Todes wegen wieder beseitigen, besonders, wenn sich die Unwirksamkeit des Abfindungsversprechens herausstellt. Aber der Verzichtende legt das viel weitergehend in die Hand des Erblassers als bei dem Verzicht auf gesetzliches und testamentarisches Erbrecht. Auch werden in solchen Fällen Interesse am Verzicht und Initiative dazu vielfach stärker beim Erblasser liegen, so daß es - auch psychologisch - unwahrscheinlich ist, daß er sich entschließt, die Folgen des Verzichts durch Verfügung von Todes wegen wieder rückgängig zu machen.[14]

Obwohl in diesen Fällen der Verzichtende also stärkere erbrechtliche Folgen setzt, hat ihm das Gesetz auch hierfür kein erweitertes erbrechtliches Anfechtungsrecht zugebilligt. Das ist der eigentliche Grund dafür, daß man versucht hat, den Erbverzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu qualifizieren und dadurch der synallagmatischen Bindung zugänglich zu machen; letztlich mit dem formalen Argument, daß keine Verfügung von Todes wegen vorliege, weil nicht der Erblasser, sondern der Verzichtende verfüge, obwohl das nichts daran ändert, daß der Erbverzicht spezifisch erbrechtliche Folgen mindestens da hervorbringt, wo er die Dispositionsfreiheit des Erblassers erweitert.

---

13) Vgl. Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 40, 43 vor § 2346 und oben S. 145.

14) Für diese Fälle trifft die Bemerkung Walsmanns, daß die Zustimmung des Erblassers ein bloßes "Nichtneinsagen" sei, Verzicht, S. 177, nicht zu.

2. Rechtspolitische Erwägungen zur Anwendbarkeit des § 139 BGB

Hiernach erscheint es besonders in den Fällen des Verzichts auf das Pflichtteilsrecht oder auf ein vertragliches Erbrecht als dringlich, die Wirksamkeit des Verzichts von der des Abfindungsversprechens abhängig zu machen.

(a) Man kann deshalb erwägen, ob nur in diesen Fällen § 139 BGB anwendbar sein soll, während der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts und der Verzicht auf ein frei widerrufliches, testamentarisches Erbrecht der Anwendung des § 139 BGB entzogen sind, oder ob um der einheitlichen Behandlung des Instituts willen § 139 BGB auch in diesen Fällen angewendet werden kann. Für eine einheitliche Anwendung spricht, daß der Verzicht in seiner Grundform (§ 2346 Abs.1 BGB) auf Erbrecht und Pflichtteilsrecht zugleich gerichtet ist. Dann muß § 139 BGB auf den Erbverzicht im ganzen angewendet werden, weil sich der einheitlich erklärte Verzicht nicht in einen Verzicht auf das Erbrecht und einen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht trennen läßt. Außerdem entspräche es schwerlich den Absichten des Erblassers und des Verzichtenden, wenn nur das Pflichtteilsrecht wieder auflebte, das Erbrecht aber zerstört bliebe.

In den wohl praktisch häufigsten Fällen des Erbverzichts erweist sich also die Trennung zwischen Befugnissen, die der Verzichtende an Stelle des Erblassers ausübt, und solchen, die nur er ausüben kann, als undurchführbar. Erstreckt sich aber § 139 BGB für den Hauptfall des Erbverzichts nicht nur auf das Pflichtteilsrecht, sondern auch auf das gesetzliche Erbrecht, so wäre es untunlich, § 139 BGB nicht auch dann anzuwenden, wenn der Verzicht ausnahmsweise einmal auf das gesetzliche Erbrecht beschränkt und dem Verzichtenden das Pflichtteilsrecht vorbehalten wird. Damit würde eine als unverständlich empfundene Ausnahmeregelung geschaffen. Entsprechendes muß für die noch selteneren Fälle gelten, in denen auf ein testamentarisches Erbrecht verzichtet wird. Eine differenzierende Behandlung würde auch die Verwendung des Erbverzichts in der Rechtspraxis erschweren und stünde zudem im Widerspruch zu der vom Gesetz vorausgesetzten Einheit des Instituts.

(b) Vor einer abschließenden Stellungnahme muß aber erwogen werden, ob mit der Anwendung des § 139 BGB nicht eine Abwertung des Erbverzichts im allgemeinen Rechtsbewußtsein verbunden ist. Besondere Bedeutung und Gewicht behalten die Erbrechtsgeschäfte unter anderem auch deshalb, weil sie nicht beliebig mit Verkehrsgeschäften kombiniert werden können. Solche Kombinationen gelten im allgemeinen Bewußtsein als umständlich und für den Streitfall häufig auch als unbillig. Sie werden jedenfalls dann sogar grundsätzlich mißbilligt, wenn sie dem künftigen Erben dazu dienen sollen, noch bei Lebzeiten des Erblassers mit seinem Erbrecht Geschäfte zu machen, eine Wertung, die auch § 312 Abs. 1 BGB zugrunde liegt.[15] Jede Rechtsanwendung, die Verbindungen erbrechtlicher Geschäfte mit Verkehrsgeschäften praktikabler macht und damit dem Erben die frühzeitige Verwertung seiner Rechte erleichtert, sollte deshalb auf diese Bedenken hin überprüft werden.

Diese Bedenken greifen aber gegenüber einer Verbindung von Erbverzicht und Abfindungsversprechen nicht durch. Verspricht der Erblasser selbst die Abfindung, so wird der Erbverzicht gerade zu seinem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Zwecke geschlossen. Das Institut soll vor allem die vorzeitige Abfindung des Erben aus dem Vermögen des Erblassers ermöglichen.[16] Wenn die Anwendung des § 139 BGB in diesen Fällen den Erbverzicht gegen Abfindung erleichtert, verhilft sie ihm also eher zu seiner vollen vom Gesetz bezweckten Wirkung, als daß sie ihn abwertete. Immerhin muß nach den voraufgegangenen Feststellungen über die Substanzlosigkeit des subjektiven Erbrechts und des Pflichtteilsrechts[17] auffallen, daß es rechtspolitischer Zweck des Erbverzichts sein soll, die Realisierung dieser "Rechte" vor dem Erbfall zu ermöglichen. Die Erklärung kann nur darin liegen, daß der Erbverzicht in besonderem Maße Ausdruck des Gedankens einer familiengebundenen Erbfolge ist. Obgleich die Erbberechtigung der nächsten Angehörigen nicht so stark geschützt wird, daß man von einer Erbanwartschaft sprechen könnte, soll in den Grenzen des Erbrechtssystems doch anerkannt werden, daß die Beteiligten ihrer Regelung der Vermögensnachfolge den Gedanken der Familienerbfolge zugrun-

15) Staudinger-Ferid, Vorbem. 1 ff. vor § 2346.

16) Bartholomeyczik, Erbrecht 7, § 5, 3 (S. 21 f.); Crome, Erbrecht, § 664 I (S. 176 ff.).

17) Oben Kap. 12, insbes. S. 100 ff.

de legen können. Einzig so läßt sich rechtfertigen, daß der Verzichtende als Hauptperson des Verzichts behandelt wird. Dem entspricht auch die Ausdehnung des Verzichts auf das Pflichtteilsrecht. Bei dieser Deutung des Erbverzichts ist dann schließlich auch unerheblich, ob der Erbe schon vor oder erst mit dem Erbfall seinen Anteil aus dem Vermögen des Erblassers erhält.

Auch wenn nicht der Erblasser, sondern ein anderer, etwa ein konkurrierender Erbe, die Abfindung verspricht, ist der Zusammenhang zwischen Verzicht und Abfindung anzuerkennen. Zwar handelt es sich in diesen Fällen nicht um eine vorzeitige Abfindung aus dem Erblasservermögen. Aber auch der Zweck solcher Kombinationen wird die Regelung der Vermögensnachfolge in und unter Beteiligung der Familie sein. Das Interesse dessen, der die Abfindung verspricht, kann regelmäßig nur auf seiner Stellung in der Familie beruhen, sei es, daß er selbst als Angehöriger durch den Verzicht erbberechtigt wird, sei es, daß er eine bestimmte Vermögensnachfolge in der Familie fördern will.[18] Eigennützige Interessen kann er, wenn er nicht zu den erbberechtigten Angehörigen gehört, ohnehin nur mit Wissen und Willen des Erblassers verfolgen, weil er nur bei letztwilliger Bedenkung aus dem Ausschluß des Verzichtenden von der Erbfolge Vorteil ziehen kann.

Der Erblasser wird auch in der Mehrzahl der Fälle von dem Abfindungsversprechen des Dritten wissen oder sogar auf die Abgabe des Versprechens motivierenden Einfluß genommen haben. Dadurch unterscheidet sich der Erbverzicht gegen Abfindungsversprechen eines Dritten von den Verträgen nach § 312 Abs. 2 BGB, die eine Mitwirkung des Erblassers gerade nicht voraussetzen und deshalb auf das Verhältnis der konkurrierenden Erben untereinander beschränkt sind. Auch der Erbverzicht gegen Abfindung durch einen Dritten bleibt Erbfolgeregelung unter Beteiligung und Billigung des Erblassers.

---

18) Vgl. das Beispiel bei Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 73 zu 2 vor § 2346: Ein Ehemann zahlt dem unehelichen Kinde seiner Ehefrau eine Abfindung, damit es im Interesse der ehelichen Kinder auf sein gesetzliches Erbrecht nach der Mutter verzichtet.

3. Vorzug der analogen Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts

Aus rechtspolitischen Erwägungen ist also gegen die Geltung des § 139 BGB für die Kombination eines Erbverzichts mit einem Verkehrsgeschäft nichts einzuwenden. Doch müssen in systematischer Hinsicht dieselben Bedenken, die gegen die Anwendung des § 139 BGB auf einen Erbvertrag sprechen,[19] auch gegen die Anwendung der Vorschrift auf den Erbverzicht erhoben werden. Der Erbverzicht gehört, auch wenn er keine Verfügung von Todes wegen ist, doch nicht zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden,[20] weil er ebenfalls erbfolgeregelnde Wirkung hat.[21] Deshalb wäre auch für ihn ein Gestaltungsrecht in der Hand des Verzichtenden vorzuziehen.[22] Die Vorzüge eines solchen Rechts gegenüber der Anwendung des § 139 liegen, wie schon hervorgehoben, darin, daß die Entscheidung über die Wirksamkeit des Geschäfts in die Hand des Verfügenden gelegt wird, während sonst die Nichtigkeit auch gegen seinen Willen eintritt, und daß dem anderen Kontrahenten gegenüber die Außerkraftsetzung in der Form des § 2282 Abs. 3 BGB erklärt werden muß. Bei einem Erbverzicht ist es für den Erblasser von großem Wert, wenn die Unwirksamkeit ihm gegenüber geltend gemacht werden muß, weil er kraft seiner eigenen Verfügungsmacht die Erbfolgeregelung den veränderten Verhältnissen anpassen kann.

Da das Gesetz aber dem Verzichtenden gerade kein spezifisch erbrechtliches Gestaltungsrecht zubilligt, kommt nur die analoge Anwendung eines solchen Rechts in Frage.

Am ehesten ist das erbvertragliche Anfechtungsrecht zur analogen Anwendung geeignet.[23] Die Auffassung von Larenz, das Rücktrittsrecht des

---

19) Vgl. oben S. 142 ff.

20) So auf Grund seiner Auffassung konsequent Heinrich Lange, Festschrift f. Nottarp, S. 122 unter IV; siehe dagegen oben S. 128.

21) Er ist am besten als Rechtsgeschäft von Todes wegen zu kennzeichnen, vgl. Endemann, Erbrecht, 1. Hälfte, § 88 III (S. 666); Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, S. 32; Jebens, S. 24; Oheim, S. 19; häufig beschränkt man sich darauf, ihn einen erbrechtlichen Vertrag zu nennen, vgl. etwa Dernburg, Erbrecht, § 104 IV (S. 189 f.); Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 35 vor § 2346.

22) Vgl. auch Strohal, Erbrecht, Bd. I, § 59 V 1 (S. 539).

23) Für seine Anwendung hat sich vor allem Strohal eingesetzt, Erbrecht, Bd. I, § 59 V 1 (S. 539 f.); ihm folgt Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, S. 62 f.

§ 2295 BGB sei dem Anfechtungsrecht vorzuziehen,[24] führt nur zu unnötigen Komplikationen. Das Rücktrittsrecht müßte mehrfach umgestaltet werden, um überhaupt brauchbar zu sein, und näherte sich dabei doch wieder dem Anfechtungsrecht an.[25] Zudem wäre ein Streit über die Anwendung des Anfechtungs- oder Rücktrittsrechts sicher nicht geeignet, die Rechtsprechung überhaupt einer Gesetzesanalogie geneigt zu machen. Deshalb sollte man es bei der Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts belassen.

Seine Befristung (§ 2283 BGB) zwingt den Verzichtenden in verhältnismäßig kurzer Zeit zu einer Entscheidung. Das ist ein besonderer Vorzug dieser Lösung. Wenn die Anfechtung auch grundsätzlich noch nach dem Erbfall erklärt werden und - wie die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen - den Erbschaftsanspruch auslösen kann, wird die Befristung des Anfechtungsrechts doch den Verzichtenden häufig zur Anfechtung vor dem Erbfall zwingen. Dadurch erhält der Erblasser die Möglichkeit, in neuen Verfügungen von Todes wegen die Unwirksamkeit des Verzichts zu berücksichtigen, zumal ihm gegenüber die Anfechtung - formgebunden (§ 2282 Abs.3 BGB) - zu erklären ist, § 143 Abs.1 , 2 BGB.[26]

Nach dem Tode des Erblassers wird die Anfechtung des Erbverzichts gegenüber dem Nachlaßgericht zu erklären sein, § 2281 Abs.2 BGB.

Die Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts ist der ebenfalls vorgeschlagenen Unterstellung unter allgemeine Schuldrechtsgrundsätze, wie der Zubilligung des Einwandes unzulässiger Rechtsausübung gegenüber einem Angriff auf das Erbrecht,[27] vorzuziehen. Man vermag sich nicht recht vorzustellen, in welcher Form dieser Einwand erhoben werden, wie er im kontra-

---

24) IherJb 81, S.17 ff.

25) Darauf weist mit Recht Oheim, S.57 f., hin.

26) Vgl. Erman-Hense, Anm.3 zu § 2281.

27) Bartholomeyczik, Erbrecht 5, § 5 4b (S.21 f.); Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 3 vor § 2346; von der 6. Aufl. seines Erbrechts an (§ 5, I, 4, c bb, S.23 f.) modifiziert Bartholomeyczik seine Auffassung: richtiger sei anzunehmen, der Rücktritt von dem dem Erbverzicht zugrunde liegenden Geschäft lasse einen Anspruch auf Aufhebung des Erbverzichts (§ 2351) entstehen.

diktorischen Verfahren um die Feststellung des Erbrechts, im Erbscheinsverfahren oder im Verfahren auf Herausgabe von Nachlaßgegenständen berücksichtigt werden soll. Zudem könnte dieser Einwand wiederum zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden. Insofern haftet dieser Lösung dieselbe Schwäche wie dem Weg über § 139 BGB an.

Zweifelhaft mag allerdings sein, ob sich de lege lata die analoge Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts bei Nichtigkeit des Abfindungsversprechens in der Praxis durchsetzen kann. Beispielsweise wird dem Verzichtenden, der sich auf die Nichtigkeit des Abfindungsversprechens beruft, wohl kaum die Versäumung der Frist des § 2283 BGB entgegengehalten werden. Dann müßte aber auf § 139 BGB zurückgegriffen werden. Die Abhängigkeit des Erbverzichts vom Abfindungsversprechen muß jedenfalls grundsätzlich - in der einen oder anderen Weise - berücksichtigt werden.[28]

II. Analoge Anwendung des erbvertraglichen Anfechtungsrechts bei Nichterfüllung des Verkehrsgeschäfts

Soweit das Abfindungsversprechen wirksam ist, aber nicht erfüllt wird, kann die Abhängigkeit des Verzichts von der Abfindung nur durch Zubilligung eines erbrechtlichen Gestaltungsrechts an den Verzichtenden hergestellt werden; denn § 139 BGB ist in diesen Fällen unanwendbar.[29]

Ein Bedürfnis, die Wirksamkeit des Erbverzichts von der Erfüllung des Abfindungsversprechens abhängig zu machen, besteht hauptsächlich dann, wenn nicht der Erblasser, sondern ein Dritter sich zur Abfindung verpflichtet hat. Wenn der Erblasser selbst die Abfindung zahlen will und der Abfindungsanspruch mangels Vermögens nicht realisierbar ist, kann auch das Erbrecht, auf das verzichtet wurde, keinen großen Vermögenswert gehabt haben. In diesen Fällen wird deshalb der verzichtende Erbe regelmäßig schon durch das Abfin-

28) Der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht hatte für den Fall der Unwirksamkeit des Abfindungsversprechens eine dispositive gesetzliche Bedingtheit vorgeschlagen, vgl. Heinrich Lange, 4. Denkschrift AkDR, S. 14.

29) Vgl. oben S. 140.

dungsversprechen genügend geschützt.[30] Verspricht aber ein Dritter die Abfindung, so kann der Schutz, den das Abfindungsversprechen gewährt, versagen. Wenn sich dann der Anspruch gegen den Verpflichteten nicht durchsetzen läßt, etwa weil kein der Pfändung unterworfenes Vermögen vorhanden ist, kann dem verzichtenden Erben nur die Aufhebung der Verzichtswirkungen helfen. Sonst hätte er eine Chance von vielleicht beträchtlichem Vermögenswert gegen einen wertlosen Anspruch eingetauscht.

Die Rechtslage bei Nichterfüllung des Abfindungsversprechens durch den Dritten ist aus der Sicht des Verzichtenden derjenigen bei Nichtigkeit des Versprechens ähnlich. Hier wie dort geht es um die Frage, ob der Verzichtende an seinem Verzicht auch dann festzuhalten ist, wenn er die versprochene Abfindung nicht erhält. Aus denselben Gründen, die bei Nichtigkeit des Abfindungsversprechens für den Vorzug des erbvertraglichen Anfechtungsrechts gegenüber der Anwendung des § 139 BGB sprechen, ist auch bei Nichterfüllung des Versprechens dem Verzichtenden das Anfechtungsrecht - hier als einzig möglicher Behelf - zuzubilligen.[31]

Für die Anfechtung eines Erbverzichts gegen Abfindungsversprechen eines Dritten wird man als Voraussetzung verlangen müssen, daß der Verzichtende erfolglos versucht hat, seinen Anspruch gegen den Dritten durchzusetzen. Ist der Erblasser selbst zur Abfindung verpflichtet, so mag als Voraussetzung der Anfechtung genügen, daß der Verzichtende ihn in Verzug gesetzt hat und die Abfindung wegen fehlenden Interesses (§ 286 Abs.2 BGB) ablehnen kann.

---

30) Staudinger-Ferid, Vorbem. RZ 93 vor § 2346.

31) Für diesen Fall hatte der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht ein Rücktrittsrecht des Verzichtenden vorgeschlagen, vgl. Heinrich Lange, 4. Denkschrift AkDR, S. 14.

16. Kapitel: Zusammenfassung

Kurz zusammengefaßt können folgende Ergebnisse dieser Arbeit festgehalten werden:

(1) Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag sind dem Typenzwang unterworfene, aber nicht abstrakte Rechtsgeschäfte.
Der Typenzwang verhindert, daß sie mit Verkehrsgeschäften zu neuen, einheitlich zu behandelnden Rechtsgeschäften verschmolzen werden.
Die Eigenart ihres Rechtserfolgs verhindert, daß dessen Eintritt im Wege der Kondiktion rückgängig gemacht werden kann.

(2) Die rechtliche Unmöglichkeit der Verschmelzung zu einem Schuldvertrag schließt die Anwendung der schuldrechtlichen Rücktrittsvorschriften sowie der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auf die Erbrechtsverträge aus. Auch der Einwand unzulässiger Rechtsausübung kann gegen eine (vertragliche) Erbfolgeregelung nicht erhoben werden.

(3) Soweit die Erbrechtsverträge vom Bestande oder der Erfüllung eines Verkehrsgeschäfts abhängig sein sollen, kann ihre Wirksamkeit von der Ausführung des Verkehrsgeschäftes durch Bedingungen abhängig gemacht werden.
Fehlt es an einer ausdrücklich und formgerecht in den Erbrechtsvertrag aufgenommenen Bedingung, so ist die Fiktion ihrer stillschweigenden Vereinbarung unzulässig.

(4) § 139 BGB kann auf die Kombination eines Erbvertrages mit einem Verkehrsgeschäft nicht angewendet werden. Der Erblasser kann aber den Erbvertrag bei Nichtigkeit oder Nichterfüllung des Verkehrsgeschäfts wegen Motivirrtums anfechten.

(5) Der Anwendung des § 139 BGB auf eine Kombination von Verkehrsgeschäften und Erbverzicht bei Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts ist die Zubilligung eines erbrechtlichen Anfechtungsrechts an den Verzichtenden in Analogie zu der erbvertraglichen Regelung vorzuziehen.
Bei Nichterfüllung des Verkehrsgeschäfts kann der Erbverzicht nur nach den Regeln des erbvertraglichen Anfechtungsrechts angefochten werden.

Bei Ablehnung dieser analogen Anwendung bliebe nur der Rückgriff auf § 139 BGB.

Lebenslauf

Am 28. Juli 1934 wurde ich in Lenglern bei Göttingen als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. jur. Hermann Häsemeyer und seiner Ehefrau Clara geborene Meyersiek geboren. Vom Jahre 1941 an besuchte ich die Volksschule in Lenglern und wechselte im Jahre 1946 auf das Humanistische Gymnasium in Göttingen über. Dort bestand ich im Jahre 1955 das Abitur. Anschließend studierte ich an der Georg-August-Universität zu Göttingen sieben Semester Rechtswissenschaften und schloß im Jahre 1959 das Studium mit dem ersten Staatsexamen vor dem Justizprüfungsausschuß des Oberlandesgerichts inCelle ab. Nach dreieinhalbjährigem Vorbereitungsdienst bestand ich im Frühjahr 1963 vor dem Niedersächsischen Prüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover die Große Juristische Staatsprüfung.